

**M
I
S
C
E
L
L
A
N
E
A**

*Segreteria di Stato per l'Istruzione e la
Cultura, l'Università e gli Affari Sociali*



*Segreteria di Stato per la Giustizia, i Rapporti
le Giunte di Castello, l'Informazione e la Pa*

Rivista di Diritto

**ISTITUTO GIURIDICO
SAMMARINESE**

**Laicità e diritto penale
nelle democrazie costituzionali**

Prof. Stefano Canestrari

Febbraio 2007

PRESENTAZIONE

Questo numero di *Miscellanea* contiene un importante ed interessante saggio del Prof. Stefano Canestrari, già pubblicato in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. I*, dall'editore Giuffrè (2006), che ha concesso il suo benestare alla rivista dell'Istituto Giuridico per la diffusione del saggio stesso.

Stefano Canestrari è Ordinario di Diritto penale e Preside della facoltà di Giurisprudenza presso l'Università di Bologna; è Magistrato della Repubblica, essendo stato nominato Giudice per i Rimedi Straordinari.

I temi trattati nel saggio pubblicato rivestono un interesse attuale e generale, e saranno opportunamente illustrati nella lezione che il Prof. Canestrari terrà nell'ambito della Scuola di Perfezionamento in diritto Sammarinese il 24 febbraio corrente. Per portare a conoscenza di coloro che sono interessati ai temi trattati, l'Istituto ha ritenuto utile pubblicare il testo del saggio, seppure con i riferimenti alle norme costituzionali italiane, prima della suddetta lezione.

IL SEGRETARIO SCIENTIFICO

Avv. Alvaro Selva

LAICITA' E DIRITTO PENALE NELLE DEMOCRAZIE COSTITUZIONALI

SOMMARIO

Definizione	Pag. 7
Laicità come autonomia	Pag. 7
Laicità come mondanità	Pag. 8
Laicità e status di cittadino	Pag. 8
Laicità come carattere desumibile dai principi della Carta Fondamentale della Repubblica	Pag. 10
I principi fondamentali dell'intero ordinamento	Pag. 10
I principi costituzionali della responsabilità penale	Pag. 11
Ambiti di incidenza della laicità	Pag. 15
Laicità e tutela del sentimento religioso o morale	Pag. 15
Laicità e tutela della libertà religiosa	Pag. 19
Laicità e ambiti giuridici a caratterizzazione etica	Pag. 21
Laicità e struttura del rimprovero penale	Pag. 24
Il senso della laicità alla luce dei principi costituzionali: a) tutela del pluralismo; b) concezione antipaternalistica della responsabilità	Pag. 26
Laicità e garanzia del cittadino dal potere tecnocratico	Pag. 30
Laicità come carattere (e non come principio) del diritto penale	Pag. 31

LAICITÀ E DIRITTO PENALE NELLE DEMOCRAZIE COSTITUZIONALI (*)

SOMMARIO: 1. Definizione. 1.1. Laicità come autonomia. 1.2. Laicità come mondanità. 1.3. Laicità e *status* di cittadino. 2. Laicità come carattere desumibile dai principi della Carta Fondamentale della Repubblica. 2.1. I principi fondamentali dell'intero ordinamento. 2.2. I principi costituzionali della responsabilità penale. 3. Ambiti di incidenza della laicità. 4. Laicità e tutela del sentimento religioso o morale. 5. Laicità e tutela della libertà religiosa. 6. Laicità e ambiti giuridici a caratterizzazione etica. 7. Laicità e struttura del rimprovero penale. 8. Il senso della laicità alla luce dei principi costituzionali: a) Tutela del pluralismo; b) Concezione antipaternalistica della responsabilità. 9. Laicità e garanzia del cittadino dal potere tecnocratico. 10. Laicità come carattere (e non come principio) del diritto penale.

1. DEFINIZIONE

Il termine laicità, certamente tra quelli emblematici della modernità, è entrato da tempo anche nel lessico dei penalisti: con laicità del diritto penale si contrassegnano normalmente due diverse problematiche, pur strettamente interconnesse.

1.1. LAICITÀ COME AUTONOMIA

Da un lato, si intende evidenziare come l'edificio giuridico-penale si caratterizzi per l'autonomia rispetto ai valori afferenti alle varie concezioni morali e religiose diffuse nella società, essendo presieduto da principi propri¹ (laicità come aconfessionalità o, meglio, autonomia).

Non tutto ciò che è considerato riprovevole moralmente assume un significato penalmente rilevante: non solo per la relatività dei valori all'interno di modelli pluralisti come quelli odierni (ad es., l'idea dell'indissolubilità del vincolo che sorge dall'impegno contratto con il matrimonio oggi non è più condivisa in via generale); ma anche per la ritenuta estraneità all'ambito delle materie di cui deve

(*) Il presente saggio è stato pubblicato negli *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006.

¹ V. F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale* in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Milano, 1985, 310. Il rinvio al significato di razionalità e autonomia della scienza giuridica permette di stabilire un chiaro nesso tra «tecnicismo giuridico» e pensiero laico: cfr. ad es. R. MAZZOLA, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statale*, in *RIDPP*, 1998, 1313 s.

occuparsi l'ordinamento, in specie quello penale, di valori la cui accettazione appare maggiormente diffusa. Così, il commercio della pornografia attualmente non è più contrastato perché la sua fruizione si considera attinente a quella sfera di scelte personali insindacabili dalla società, fin tanto che non coinvolgano ulteriori interessi come la tutela dei minori².

1.2. LAICITÀ COME MONDANITÀ

D'altro lato, e quale espressione della prima prospettiva accennata, emerge l'orientamento dell'intervento penale a valori mondani, temporali e «terreni».

In particolare, la potestà punitiva non può essere esercitata per il perseguimento di ideali trascendenti di giustizia assoluta, di palingenesi totale della società, di riparazione del male, ma solamente per finalità preventive, generali o speciali³ (laicità come mondanità). Il diritto penale non è funzionale a castigare costumi immorali, né a orientare opzioni culturali individuali o collettive, ma a finalità concrete di prevenzione nell'ottica della tutela dei beni giuridici⁴. E' opportuno ribadire che l'orientamento dell'intervento penale a finalità «laiche» di prevenzione – e la sua delimitazione attraverso previsione di garanzie formali (legalità, etc.)⁵ – costituisce «imperativo categorico» liberale imprescindibile per qualsiasi sistema penale, anche internazionale⁶.

1.3. LAICITÀ E STATUS DI CITTADINO

La diversa ottica di assegnare all'intervento penale compiti di moralizzazione, di programmazione pedagogica, di indottrinamento dei cittadini può essere contrassegnata come paternalismo: in questa prospettiva i consociati, anziché soggetti di diritto, vengono considerati alla stregua di sudditi da

² Sul punto, di recente, AA.VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, 3ª ed., Padova, 2002, 471 ss.

³ Cfr. S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, passim.

⁴ Sul punto, con chiarezza, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª edizione, Giuffrè, Milano, 2001, 429 ss.

⁵ Si veda, magistralmente, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 5 ss.; 37 ss.

⁶ In questi termini, con specifico riferimento allo Statuto della Corte Penale Internazionale, v. M. CATENACCI, *«Legalità» e «tipicità del reato» nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 38 (pur se in senso moderatamente critico nei confronti dello stesso Statuto ICC).

comandare, ovvero di figli da educare e ammaestrare, o di incapaci irresponsabili da tenere sotto tutela, e lo Stato si assume la prerogativa di indicare che cosa sia «giusto» e «sbagliato».

Si può affermare che, mentre la laicità contrassegna il diritto penale del cittadino, orientato alla mera delimitazione delle reciproche sfere di libertà dei cittadini, forme più o meno dichiarate di paternalismo caratterizzano da sempre modelli giuridici di diritto penale (dell'amico e) del nemico⁷, deputati a ottimizzare le prerogative degli individui (necessariamente di alcuni, a discapito di altri). Il paternalismo si manifesta dunque come quella tendenza autoritaria del diritto che, invece di tutelare il cittadino nella sua sfera di libertà, lo favorisce come amico, lo controlla o combatte come nemico, lo protegge come un figlio, fa scelte in sua vece come avviene per un incapace⁸.

Il processo della c.d. secolarizzazione – la dinamica che conduce alla graduale affermazione della laicità – nasce come negazione del privilegio di pochi legittimato su presupposti di ordine sovranaturale, teocratico o extra-civico: segna il progressivo passaggio storico da un diritto fondato su «status» differenziati (di origine nobiliare, ecclesiastica, ecc.) a un diritto imperniato sullo «status» unico di cittadino strutturato sul principio di uguaglianza (di diritti e di doveri). Insomma, la storia del principio di laicità corrisponde a quella della definizione e delimitazione della libertà individuale, nonché della individuazione dei diritti e dei doveri afferenti allo *status* indifferenziato di cittadino.

Dal punto di vista etimologico, si può osservare come il concetto di «secolarizzazione» stesse originariamente a significare «confisca», intendendosi il trasferimento obbligato dei beni ecclesiastici al potere secolare dello Stato, o, più in generale, la delimitazione delle prerogative ecclesiastiche di fronte a quelle civili; più radicalmente, si utilizzò il vocabolo anche a denotare l'addomesticamento dell'autorità religiosa da parte del potere civile. In seguito, attraverso un'evoluzione che ne fece uno dei concetti emblematici della modernità, il termine «secolarizzazione» denotò la sostituzione della mentalità, della morale e del diritto a impronta

⁷ Per una critica severa a questo modello «escludente» di diritto penale si rinvia alle condivisibili riflessioni di PRITZWITZ, *Krieg als Strafe - Strafrecht als Krieg*, in *Lüderssen FS. Nomos*, Baden-Baden, 2002, 499 ss.; ID., *Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?*, in AA.VV., *La política criminal en Europa*, a cura di Mir Puig, Corcoy Bidasolo, Gomez Martin, Atelier, Barcelona, 2004, 121 ss. Nella letteratura spagnola, cfr. MUÑOZ CONDE, *El nuevo derecho penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado «derecho penal del enemigo»*, in *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, a cura di Ontiveros Alonso e Peláez Ferrusca, tomo I, Instituto nacional de ciencias penales, Mexico, 2003, 117 ss.; da ultimo, E. DEMETRIO CRESPO, *Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»*, in corso di pubblicazione nel *Libro Homenaje al Profesor Alessandro Baratta*, Salamanca, 2004.

⁸ Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 68 ss.

religiosa con equivalenti razionali⁹.

Nell'età contemporanea, quella della società postmoderna, ovvero, con espressione particolarmente felice, nell'attuale società «postsecolare», da voce autorevole viene il suggerimento di attribuire alla laicità non il compito di creare nuovi steccati, ma la "funzione civilizzatrice di un *common sense* democraticamente illuminato"¹⁰. Nel prosieguo si cercherà di sviluppare soluzioni modellate su tale proposta.

2. LAICITÀ COME CARATTERE DESUMIBILE DAI PRINCIPI DELLA CARTA FONDAMENTALE DELLA REPUBBLICA

Il riferimento al diritto penale del cittadino rimanda dunque a quei principi fondamentali della Carta Fondamentale della Repubblica che costituiscono pilastri dell'edificio costituzionale e direttrici dell'intero ordinamento giuridico: quelli di uguaglianza e di libertà.

2.1. I PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'INTERO ORDINAMENTO

Il principio di uguaglianza, consacrato dall'art. 3 Cost., costituisce un limite invalicabile all'eventualità di discriminare i cittadini per le loro convinzioni religiose, politiche, etiche ecc. ovvero, di converso, di creare privilegi giustificati solamente sulla base delle stesse.

Rispetto al principio della libertà, che emerge come diritto fondamentale nelle sue diverse dimensioni nell'ambito dell'intera Carta Fondamentale della Repubblica, rivestono un significato assolutamente centrale – rispetto alla tematica in oggetto – i sottoprincipi della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e della libertà religiosa (art. 19 Cost.). Quest'ultimo in particolare, quale esercizio di un diritto costituzionalmente garantito – il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarla in privato o in pubblico il culto – conosce quale unico limite espressamente previsto

⁹ Nella letteratura penalistica cfr. le riflessioni di M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, RIDPP, 1981, 477 ss.

¹⁰ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, a cura di L. CEPPA, Torino, Einaudi, 2001, 101, che parla di «terzo partito tra la scienza e la religione».

quello del buon costume¹¹.

Con riguardo al concetto di libertà religiosa, una concezione ristretta limita lo stesso alla mera facoltà di professione, di propaganda e di culto, mentre una lettura più ampia estende la nozione fino a ricomprendervi la libertà di mettere in atto opere che siano testimonianza della propria fede. Inammissibili sarebbero dunque nel nostro ordinamento – già soltanto sulla base della concezione ristretta della libertà religiosa – decurtazioni di tale diritto in nome della stessa laicità dello Stato (note invece all'esperienza di altri paesi, come la Francia e la Turchia): ad esempio, il divieto di mostrare in luoghi pubblici simbologie religiose (si pensi al caso, di attualità, del foulard) palesa un'ideologia confessionale, che fa della laicità non già un criterio di rispetto della libertà individuale, ma una vera e propria religione di stato, di cui si impone l'osservanza a tutti i cittadini¹².

Il primo ed evidente corollario ricavabile da entrambi i principi fondamentali in oggetto è l'obbligo della piena accettazione del pluralismo delle opinioni di tutti i consociati. Con le parole di uno degli studiosi più autorevoli del nostro tempo, «il fatto scandaloso del pluralismo ideologico», contrassegno tipico della modernità, porta, in positivo, ad accreditare un modello di riconoscimento democratico tra estranei, fondato sul rispettoso consenso e sulla salvaguardia giuridica delle differenze: compito fondamentale delle odierne comunità pluralistiche è allora quello di rendere possibile «la costituzione mentale di una sfera pubblica polifonica»¹³.

Pertanto, lo Stato non potrebbe assumere come proprio un credo religioso o ideologico: laicità come avalutatività, sfaccettatura della menzionata accezione di laicità come aconfessionalità o autonomia.

2.2. I PRINCIPI COSTITUZIONALI DELLA RESPONSABILITÀ PENALE

L'esigenza di attribuire all'ordinamento giuridico-penale carattere essenziale di laicità si desume oltre che dalla funzione assolta dal medesimo, anche e soprattutto dai principi costituzionali su cui si incardina il modello di intervento penale vigente. Ricordiamoli, in estrema sintesi.

¹¹ Si discute se tale limite riguardi esclusivamente il senso del pudore connesso alla morale sessuale, ovvero se vada inteso in maniera più lata con riferimento a tutti i principi derivanti dalla comune coscienza sociale, a tutela del rispetto dei diritti personali di ciascun individuo e delle istituzioni pubbliche. Sul buon costume come oggetto di tutela penalistica cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 67 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Ed. Sc. It., Napoli, 1992, 217 ss.

¹² Si rinvia alle opere citate alle note 48 e 49.

¹³ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., 107.

Innanzitutto, occorre fare riferimento al principio «teleologico» della finalità della pena, consacrato dall'art. 27, comma 3, della Costituzione con riguardo alla funzione rieducativa. Il progressivo abbandono dell'idea retributiva "assoluta" (ossia, *absoluta*: svincolata da giustificazioni relative strumentali ad interessi particolari, radicate nel fondamento etico assoluto del *punitur quia peccatum est*) a favore delle diverse concezioni preventive «relative» rappresenta una delle pagine fondamentali del processo di secolarizzazione del diritto penale.

Inoltre, secondo recente dottrina può venire in considerazione il principio sancito dall'art. 27 Cost., ossia di responsabilità personale, che nel suo significato minimo (di responsabilità per fatto proprio) vieta di incriminare un soggetto per fatti che esulino dalle sfere di competenza disegnate dallo *status* riconosciuto dall'ordinamento¹⁴. Un profilo essenziale per escludere che possano assumere di per sé qualsiasi rilievo giuridico-penale convinzioni o intenzioni personali: la dimensione interiore di ciascun cittadino è e deve rimanere assolutamente indifferente all'ordinamento fintanto che questo non violi un dovere giuridico attinente al suo *status*. Alle medesime conclusioni si perviene comunque anche argomentando dallo stesso art. 25, comma 2, Cost., che, ove utilizza l'espressione «fatto commesso», sembra consacrare il principio per cui *cogitationis (et opinionis!) poenam nemo patitur*.

Ancora. Il principio di materialità comporta che si possa rispondere in sede penale unicamente per la commissione di fatti (identici a quelli previsti dalla legge come reati): quindi esclude che un libero cittadino possa essere perseguito per ciò che è, pensa, vuole¹⁵. Il diritto penale, in quanto laico, non può censurare il foro interno della coscienza, le convinzioni personali, l'eventuale atteggiamento di infedeltà all'ordinamento: le scelte individuali, fintanto che non si estrinsecano in un fatto tipico, sono intangibili, rientrano in quella sfera di autonomia che deve rimanere inaccessibile al diritto penale.

Il principio di offensività esclude che in assenza di un bene giuridico oggetto di tutela possa scattare comunque la sanzione penale. Va sottolineato: esigenza di protezione esclusivamente di beni giuridici, non di mere istanze morali o religiose¹⁶. Così, un sistema giuridico-penale che si ispiri al principio in oggetto non potrà considerare penalmente rilevanti comportamenti sessuali ritenuti da

¹⁴ V. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 431 ss., in pte. 435 ss.

¹⁵ Con questa triplice scansione si intende fare riferimento a corrispondenti forme di diritto penale, conosciute da ordinamenti a tendenza totalitaria soprattutto del passato, estranee all'idea di laicità: rispettivamente, al diritto penale d'autore (o del *Tätertyp*), al diritto penale sintomatico (che dalla pericolosità delle idee desume il potenziale pregiudizio per il bene giuridico, soprattutto per quello dell'ordine pubblico), dell'atteggiamento interiore.

In argomento cfr. F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andra*, vol. I, Cacucci, Bari, 1994, 519 ss.

¹⁶ Si veda F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit., 322 e 324 s.

taluni immorali: emblematico è il caso dell'omosessualità¹⁷. Né un ordinamento moderno potrebbe, con tutta evidenza, sanzionare le violazioni di un credo religioso, ad es. del precetto domenicale per i cattolici, o del riposo del sabato per gli ebrei, o della preghiera giornaliera per i musulmani: lo precluderebbe – a tacere di considerazioni legate all'esigenza che le leggi siano generali e astratte – l'assenza di un bene giuridico meritevole di tutela.

Ma non si potranno altresì incriminare neppure condotte lesive di principi o valori che non costituiscano reali oggettività giuridiche: la annosa questione della possibile tutela penale dell'embrione dipende così dal fatto che ad esso si riconosca o meno lo statuto di essere umano¹⁸, mentre deve assolutamente essere esclusa – ad esempio – la eventualità di una simile tutela per i gameti maschili e femminili, a prescindere dalla valenza morale attribuita al principio della generazione della vita¹⁹.

Il principio di legalità sancito dall'art. 25 Cost. – inquadrato come principio «delimitativo» della responsabilità penale – impone che si possano sottoporre a sanzione penale soltanto comportamenti espressamente e tassativamente previsti per legge. La legittimazione dello *ius puniendi* al solo potere legislativo sovrano esclude interferenze di altri organi – autorità religiosa, movimenti carismatici, organi di pressione culturale, ecc. – nella delimitazione del lecito dall'illecito. Inoltre dallo stesso principio, sotto il profilo per cui solo i fatti espressamente previsti dalla legge come reati sono soggetti a pena, si desume il divieto di estendere la punibilità a comportamenti avvertiti come meramente immorali, o genericamente offensivi di sentimenti individuali, o di valori etici.

Ad esempio, sarebbe palesemente incostituzionale incriminare condotte evanescenti come la seduzione amorosa non motivata dalla serietà delle intenzioni (estendendo analogicamente altre fattispecie incriminatrici, come la riduzione in schiavitù, interpretando l'espressione «condizione analoga alla schiavitù» di cui all'art. 600 c.p. anche come stato di dipendenza psicologico-affettiva; o addirittura la violenza sessuale, attraverso estensione del concetto di «trarre in inganno» di cui all'art. 609, comma 2, n. 2 c.p.): pur trattandosi di comportamenti che ben potrebbero essere censurati come gravemente scorretti, lesivi della dimensione relazionale umana e irrispettosi dell'altrui persona (persino con rischio effettivo di notevoli ripercussioni pregiudizievoli a livello di

¹⁷ Si noti che la stessa fattispecie di incesto di cui all'art. 564 c.p. è di dubbia legittimità costituzionale, incerti essendo i confini del concetto eticizzante di «pubblico scandalo».

¹⁸ Sul tema, da diversi angoli visuali, E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *RIDPP*, 2004, 459 ss.; L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001, 46.

¹⁹ Cfr. S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale*, cit., 61 ss.

integrità psichica).

Dagli stessi principi di necessaria lesività e di legalità sotto il profilo della tassatività si desume – come noto – il carattere di *extrema ratio* che deve presiedere all'intervento penale, quindi della stretta necessità, sussidiarietà ed effettività. Da ciò si desume che il ricorso alla sanzione penale dovrebbe essere escluso ogni volta che, pur in presenza di un bene giuridico meritevole di essere protetto, una forma di tutela diversa da quella criminale si riveli ugualmente idonea; ovvero quella penale risulti concretamente inefficace o addirittura criminogena.

Così, ammesso che l'embrione costituisca bene giuridico meritevole di tutela in quanto si riconosca ad esso lo statuto di essere umano, resta comunque da stabilire se, nelle situazioni critiche in cui la sua salvaguardia confligge con altri interessi (si pensi alla salute della aspirante madre), non vi siano strumenti di controllo più efficaci di quello penale; o che l'adozione a tappeto di quest'ultimo (con incriminazione di ogni forma di offesa all'integrità dell'embrione) non induca concretamente effetti indesiderati (come l'aumento delle pratiche abortive quale conseguenza del divieto della diagnosi genetica preimpianto)²⁰ o addirittura criminogeni (come l'incremento delle pratiche abortive «clandestine» laddove non è consentita l'interruzione volontaria della gravidanza).

Infine, tra i principi che supportano oggi il rimprovero penale un posto del tutto apicale occupa quello del *nemo tenetur se detegere*: la sua introduzione segna il passaggio dall'idea di colpevolezza nei confronti dello Stato (dei suoi membri, della famiglia, del Sovrano, di Dio) a quello di colpevolezza come giudizio oggettivo.

L'idea secondo cui la prova del fatto e del rapporto tra questo e l'autore debba essere integralmente a carico dell'accusa come suo compito istituzionale – non eludibile attraverso meccanismi coercitivi di collaborazione del reo (*in primis*, quello di tipo inquisitorio della confessione obbligatoria) – scolpisce una delle facce più «visibili» della laicità. Vale a dire: il divieto assoluto di penalizzazione dell'atteggiamento interiore e di fatti sintomatici inoffensivi; la necessità che siano gli apparati pubblici di coercizione ad accollarsi l'impegno della ricerca della prova, e non il reo, sotto la minaccia della sanzione, a dovere confessare la propria «mancanza di fedeltà» all'ordinamento giuridico²¹.

In una prospettiva autenticamente laica, il cittadino non si deve discolpare di nulla: né della sua

²⁰ Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 417.

²¹ Un principio, quindi, «forte e libertario»: baluardo contro le ricorrenti tentazioni a rinverdire ordaie, cacce alle streghe, autodafé, confessioni taumaturgiche, ma anche più recenti e ancora scottanti esperienze di processi fondati sulla «autocritica ideologica» (come i processi «maoisti» che hanno caratterizzato la c.d. rivoluzione culturale cinese).

condotta di vita, né del suo modo di essere, né dei suoi atteggiamenti interiori. E' l'accusa a dovere provare sul piano oggettivo l'ascrivibilità al reo dell'illecito, descritto nei suoi connotati di materialità, offensività e colpevolezza²². Tali principi costituzionali rappresentano la chiave di comprensione delle problematiche rispetto alle quali la laicità sembra giocare un ruolo incisivo.

3. AMBITI DI INCIDENZA DELLA LAICITÀ

Tra i settori in cui più immediata e diretta sembra emergere una rilevanza giuridico-penale dell'idea della laicità ne prendiamo in considerazione quattro, per il loro valore paradigmatico.

- a) L'offesa del sentimento religioso o morale altrui: tematica che il codice penale italiano contempla espressamente attraverso la previsione di delitti contro il sentimento religioso o la pietà dei defunti.
- b) Il conflitto tra libertà religiosa (o di professione e propaganda ideologica) e diritti individuali.
- c) I contesti intrinsecamente caratterizzati dal riferimento ad assetti precomprensivi di stampo etico e a concezioni «ontologiche» sull'uomo, o sulla vita: ad es. aborto, eutanasia, procreazione assistita, manipolazioni genetiche.
- d) I riflessi dell'idea di «laicità» sulla stessa struttura del rimprovero penale: si pensi, ad esempio, ai concetti di imputazione e di dolo.

4. LAICITÀ E TUTELA DEL SENTIMENTO RELIGIOSO O MORALE

Va premesso che in questo contesto viene in rilievo essenzialmente l'obbligo civico di rispettare – non già semplicemente l'altrui modo di pensare, ma più radicalmente – l'altrui senso del sacro. Ed invero, sussiste una differenza fondamentale tra la mera ideologia individuale (concezioni politiche,

²² Diversamente, sono refrattari a un simile assetto di principi gli ordinamenti o i sistemi etici che, in nome di un ideale religioso o ideologico di perfezione, perseguono la promozione umana nella sua integralità (ad es. la *salus animarum*). Ed invero, dovendo penetrare in ogni ambito della vita, per tali modelli non assumono alcuna rilevanza i limiti connessi alla legalità (così saranno ammissibili, ove giovevoli al fine della salvezza dell'uomo, l'utilizzo dell'analogia, di decisioni secondo equità, di incriminazioni «a maglie larghe», ecc.); è di solito assolutamente centrale la dimensione interiore del pensiero e delle intenzioni, del *forum conscientiae*, del frutto della *cogitatio*, dei motivi che ispirano le azioni, persino del «modo di essere»; la confessione non è solamente mezzo di prova, ma, di più, necessario passaggio catartico per la propria emenda. Sistemi «a naturale tendenza totalitaria», anche se sotto il presupposto invalicabile della libera adesione al sistema stesso da parte dell'individuo (v. F. STELLA, *op. cit.*, 311 ss.).

religiose, etiche) e l'insieme di quei valori che, lungi dal costituire mera espressione di libertà di manifestazione del pensiero (tutelata dall'art. 21 Cost.), afferiscono alla sfera intima «intoccabile» della persona: così, la satira rivolta contro le idee propugnate da un partito politico non può essere messa sullo stesso piano di quella rivolta alla (presunta assenza di) moralità della madre del suo esponente.

Il principio di legalità impone la previsione tassativa dei casi in cui la violazione di tale obbligo civico comporta una responsabilità di tipo criminale: non qualsiasi espressione soggettivamente avvertita come offensiva della propria sfera intima può essere oggetto di incriminazione, ma solo quelle ipotesi che, per la loro visibilità «oggettiva», appaiono lesive, secondo il senso comune, del sentimento religioso o morale altrui. A tale prospettiva di tutela deve oggi ritenersi ispirata la presenza del Titolo IV del codice penale – dedicato ai delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti – preso atto del superamento del principio (originariamente richiamato dai Patti lateranensi) della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano e, prima ancora, della visione stato-centrica che impregnava ideologicamente l'intera codificazione del 1930²³.

Nelle moderne società pluralistiche si pone comunque il problema di garantire parimenti l'intoccabilità di tale dimensione e la libertà di manifestazione del pensiero.

Significativa a riguardo la vicenda di uno dei casi concreti più scottanti postisi recentemente all'attenzione generale anche in ambito internazionale, ossia quello del c.d. negazionismo: si intenda con tale espressione l'opera di studiosi revisionisti che intendono negare la storicità dello *Shoa*, del progetto nazista di annientamento del popolo ebraico e dello sterminio di massa posto in essere nell'epoca del III Reich da parte degli apparati nazionalsocialisti, ovvero minimizzare o comunque ridimensionarne le proporzioni. L'offesa al sentimento religioso, comunitario, identitario ebraico avviene attraverso la pubblicazione di scritti che – sotto lo schermo della neutralità dello studio scientifico – mettono in discussione una verità storica che assurge ormai a icona emblematica della manifestazione più orrenda del razzismo e costituisce fondamento condiviso delle moderne

²³ Occorre ricordare che la Corte Costituzionale è ripetutamente intervenuta a dichiarare incostituzionali quelle fattispecie del capo I ("Dei delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi") che discriminavano le religioni diverse dalla cattolica stabilendo condizioni di privilegio per quest'ultima. La stessa dichiarazione di parziale incostituzionalità ha subito il reato contravvenzionale di bestemmia di cui all'art. 724 c.p., successivamente depenalizzato unitamente a quello di manifestazioni oltraggiose verso i defunti previsto nello stesso articolo (una depenalizzazione invero molto «d'immagine», consistendo di fatto nella sostituzione della pena pecuniaria con una sanzione amministrativa maggiorata nel minimo), da parte dell'art. 57, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507. Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 508 del 2000, che ha eliminato dal nostro ordinamento il reato di vilipendio della religione (art. 402 c.p.) perché in contrasto con il principio di laicità dello Stato combinato al principio d'uguaglianza, cfr., tra i penalisti, E. VENAFRO, *Il reato di vilipendio della religione non passa al vaglio della Corte costituzionale*, in LP, 2001, p. 1073 ss.

società democratiche.

Va considerato peraltro che il diritto penale non può essere deputato a tutelare una verità storica: vale a dire, una concezione autenticamente laica deve ammettere la possibilità che venga proposta qualsiasi interpretazione dei fenomeni storici, anche la più aberrante. Un moderno assetto democratico possiede efficaci strumenti di confutazione «dialogica» delle tesi avvertite come erronee, o addirittura inaccettabili e ripugnanti (ad es., favorire la divulgazione delle tesi contrarie, di dati empirici, di risultati di indagini, di elementi di prova, ecc.; dare ampio risalto alle confutazioni più corrosive ed irridenti; soprattutto, rendere pubblico il dibattito su temi di interesse generale). Invece la sovrapposizione tra diritto e verità storica trae con sé una patente contaminazione tra etica e diritto: pure se si tratta di «interpretazione, condivisa, definita e definitiva», in quanto la verità storica non può costituire bene giuridico²⁴.

Una moderna società laica deve essere in grado di trattare i propri *monstra* ideologici – anche i più deformi e ributtanti! – con gli strumenti «dialogici» che le sono propri: quelli cioè del confronto aperto, della pubblicità della discussione, della garanzia della possibilità di replica, dell'espansione della cultura, dell'educazione e della informazione completa, e non quelli repressivi dell'intervento penale²⁵. Altrimenti si corre il rischio di ricadere nel c.d. diritto penale simbolico²⁶, con il quale si incrimina non la lesione a un bene giuridico, ma un'ideologia, un modello di pensiero, appunto un simbolo; e il fine del diritto penale non è più quello della prevenzione, ma quello di dare un messaggio, di proporre un feticcio, di individuare un nemico obiettivo. Un paradigma di fatto totalitario, pur ispirato dall'esigenza di combattere i totalitarismi.

E' proprio l'impronta laica dei moderni sistemi penali a imporre di non stigmatizzare comportamenti stravaganti, o pratiche eterogenee rispetto al *modus vivendi* dominante: anziché un

²⁴ V. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in RIDPP, 1999, 1065 ss.. Per un'analisi del reato di negazionismo in Germania e in Austria cfr. rispettivamente D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB*, in NJW, 1995, 1000; W. PLATZGUMMER, *Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich*, in Ost. Jur. Zeit., 1994, 11, 162.

In riferimento alla normativa c.d. *antirazzista*, cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205*, in LP, 1994, 173; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in Crit. dir., 1994, 13 ss.

²⁵ V. L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. CANESTRARI e G. FORNASARI, Bologna, 2001, 231 ss.

²⁶ Da non confondere con la questione, affatto eterogenea, della dimensione simbolica della pena come riaffermazione dell'identità della società nella moderne letture funzionalistiche, soprattutto neo-hegeliane. In riferimento all'accezione critica di diritto penale «simbolico-espressivo» cfr., di recente, W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. Schünemann et al. (hasg.), in Claus Roxin FS, W. De Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1001 ss.; da noi, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in RIDPP, 1990, p. 430 ss.; per l'elencazione dei diversi significati del concetto di diritto penale simbolico, v. S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in IP, 2003, 491 ss.

utilizzo simbolico della pena per assicurare la collettività dai fenomeni non inquadrabili nella «normalità», e quindi considerati devianti, è necessario elaborare – anche in sede extragiuridica – procedure di confronto culturale e di mediazione sociale. In questo medesimo ambito va inquadrata la questione del trattamento da riservare a quei gruppi che, in nome di una determinata concezione ideologica e religiosa, rifiutano l'idea di laicità e i valori della secolarizzazione.

In generale, il concetto di laicità come aconfessionalità e come esigenza di eguale trattamento di tutti i cittadini, a prescindere da qualsiasi differenza culturale o religiosa, impone il rispetto di quanti esprimono posizioni difformi da quelle accolte anche universalmente. E, di più ancora, la tutela della loro libertà di manifestazione del pensiero: l'alternativa è l'omologazione del pluralismo in un «pensiero unico», con la prospettiva di istituire nuovamente una religione ufficiale e un modello giuridico confessionale.

I limiti, ricavabili dalla moderna concezione dei rapporti civili in un ordinamento laico, sono di immediata evidenza. Si fa riferimento al doveroso rifiuto delle comunità religiose che impongono violentemente – o comunque in forme antidemocratiche – le loro verità di fede; nonché, a quei gruppi che esercitano una coercizione morale sui propri membri, ove questa non sia liberamente accettata.

Rispetto a quest'ultima affermazione occorre effettuare una precisazione. Un ordinamento laico non può partire dal presupposto che ogni esperienza religiosa «totale», o ogni comportamento «stravagante», o ogni assetto di convinzioni difforme dal sentire comune – abbracciati da soggetti responsabili – sia frutto di costrizione, o di una sorta di «lavaggio del cervello»²⁷. Soprattutto, non è dato a un moderno assetto laico e democratico di sindacare la validità teorica delle opzioni ideologiche o religiose compiute dai suoi cittadini: imporre una verità o una normalità (o addirittura una religiosità) ufficiale significherebbe ricadere nella tentazione dello Stato confessionale.

La questione, talvolta di non agevole soluzione nei casi concreti, involge quella – ben nota alle trattazioni di diritto costituzionale – della libertà nelle formazioni sociali (e del conflitto con la libertà delle formazioni stesse)²⁸. Su tali aspetti, che implicano direttamente anche la tematica del contrasto tra libertà religiosa e diritti individuali, si rinvia alle osservazioni che svolgeremo nel prossimo paragrafo.

²⁷ Sull'ambiguità di tale concetto, cfr. L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica*, cit., 245 ss., 252 s.. A tale contributo si rimanda anche per ulteriori riflessioni sul tema dei condizionamenti mentali.

²⁸ Una delle ramificazioni problematiche delle conseguenze del pluralismo. In proposito, si è efficacemente sottolineato come il fondamentalismo costituisca «fenomeno prettamente moderno»: si tratterebbe del prodotto della asincronia o «non-contemporaneità» tra cultura e società che assistono ad una «modernizzazione accelerata e radicalmente sradicante» (J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., 100).

Infine, un risvolto peculiare della non sempre facile convivenza del sentimento religioso o etico individuale con le istanze di libertà delle società moderne è dato dal problema della tutela della libertà nelle espressioni artistiche. Si tratta di casi, noti anche all'attualità, dello scrittore che, in un suo romanzo, presenta una versione «distorta» dei fatti storici che appartengono al bagaglio di una certa religione, in modo reputato «blasfemo» dalle autorità deputate (legittimamente o meno) a fornire l'interpretazione «autentica» di tali avvenimenti; o dell'autore di opera cinematografica che, nel rappresentare vicende raccontate da libri sacri di una certa confessione, per «ragioni artistiche» o semplicemente scenografiche mescola immagini a contenuto erotico considerate «oscene» o comunque offensive del sentimento religioso.

Anche rispetto a tali fenomeni sembra preferibile l'astensione di una censura di Stato – specie da una censura «rafforzata» dal braccio dell'intervento penale – per lasciare spazio alle confutazioni, anche corrosive e demolitorie, che si possono sviluppare in una società libera. Dare spazio alle voci contrarie – specie se autorevoli e argomentate – è oltretutto strumento assai più efficace nei confronti dell'opinione pubblica della minaccia di una pena: in fondo rappresenta, anche sul piano simbolico, la vera forza di una moderna democrazia autenticamente pluralista²⁹.

Tuttavia la questione, dalla soluzione apparentemente lineare, può presentarsi di estrema difficoltà di fronte a singoli casi concreti. Così, il *minimum* di accettazione-tolleranza che demarca i confini tra lecito e illecito diviene di ardua definizione quando vengano in considerazione attacchi ai tabù interiorizzati e implicitamente codificati da una società: si pensi a opere d'arte che rappresentino dettagliatamente scene di violenza su minori, magari con subliminale istigazione alla stessa, o comunque con esplicita finalità di soddisfare i desideri morbosi di certo pubblico.

5. LAICITÀ E TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA

L'esercizio del diritto di libertà religiosa – nelle sue estrinsecazioni della libertà di professione, osservanza dei precetti correlati, propaganda, educazione – può talora pregiudicare diritti individuali di terze persone: il conflitto viene risolto espressamente dall'ordinamento con la limitazione della libertà stessa ogni volta che l'adempimento di obblighi legati a un credo religioso o ideologico comporti la commissione di un reato.

²⁹ In argomento, cfr. ancora L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica*, cit., 253 s.

Gli ambiti in cui ciò può accadere sono i più vari: da quello dei reati contro la vita e l'incolumità individuale, a quelli contro il matrimonio e l'assistenza familiare, contro il patrimonio, contro l'amministrazione della giustizia, ecc., ogni volta che siano posti in essere appunto per motivi religiosi o ideologici³⁰.

Prendiamone in considerazione tre, particolarmente emblematici.

In primo luogo, quello dell'omissione di comportamenti legalmente dovuti per conformarsi a obblighi di origine confessionale (es. obiezione di coscienza a trattamenti sanitari). Il caso più noto è quello del rifiuto di emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova, lecito se espresso da soggetti adulti e pienamente responsabili (per il limite stabilito dall'art. 32 Cost., che implica libertà di lasciarsi morire, di rifiutare interventi medici e, per via dell'art. 21 Cost., anche di fare propaganda a riguardo); non invece quando vengano in questione decisioni assunte dai genitori rispetto ai figli minori o incapaci. L'esercizio della libertà di coscienza in queste ipotesi viene in conflitto con il dovere di salvaguardare la vita e la salute dei figli (ex art. 30 Cost. e art. 147 c.c.), che fonda una posizione di garanzia sul piano della responsabilità penale³¹.

In secondo luogo, vanno considerati i casi in cui l'esercizio stesso di pratiche religiose comporti l'integrazione di fattispecie criminose (ad es., pratiche volte a menomare l'integrità fisica o psichica).

E' di drammatica attualità, a riguardo, il tema delle mutilazioni genitali femminili (escissione, infibulazione, ecc.), condotte gravemente lesive della dignità e integrità fisica della persona³².

Inoltre, non vanno dimenticati i casi in cui l'osservanza di un credo religioso implichi l'accettazione di statuti personali differenziati fondati su un rapporto asimmetrico e discriminatorio tra i due sessi. Si fa riferimento, ad esempio, all'ammissione della poligamia maschile, in contrasto con la fattispecie di bigamia di cui all'art. 556 c.p.; alla concezione della prole come proprietà del padre e all'istituto del ripudio, che potrebbero integrare le figure criminose degli artt. 388 – mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice – e 570 – violazione degli obblighi di assistenza

³⁰ Su tali questioni v. A. GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2003, 1013 ss., anche con riguardo alla didascalia problematica proposta.

³¹ Sul tema v. la nota sentenza della Corte di Assise di Cagliari del 10 marzo 1982, Oneda, in *EL* 1983, II, 27, con nota di G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, ivi; nonché E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, 208 ss.; per i profili soggettivi sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *La definizione del dolo: il problema del dolo eventualis*, *RIDPP*, 2001, 935 s.

³² Va segnalato al riguardo il recente intervento del legislatore, che con la legge n. 7 del 9 gennaio 2006 (*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*) ha introdotto all'art. 583-bis del codice penale il nuovo delitto di "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" (punendo con la reclusione da quattro a dodici anni chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagioni una mutilazione degli organi genitali femminili). La sottrazione delle m.g.f. dall'area di punibilità dei reati di lesioni gravi e gravissime e la creazione di una nuova fattispecie autonoma – con evidenti valenze simboliche – può comportare anche effetti "indesiderati".

familiare – del codice penale.

Infine, si pensi a quelle condotte violente e prevaricatrici tenute prevalentemente da genitori e educatori a fini pedagogici, correttivi, di propaganda religiosa. In particolare, tali comportamenti vengono effettuati nei confronti di familiari – ad es., costringere con la forza il coniuge o i figli ad osservare il *ramadan* – e possono integrare il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina di cui all'art. 571 c.p. e di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli di cui all'art. 572 c.p.

Si tratta delle problematiche tipiche della multiculturalità³³, del pluralismo e dei limiti di tolleranza all'interno di una società che intende comunque tutelare i diritti inalienabili della persona. Al di là delle soluzioni concrete – da rinvenire sul piano dei limiti di operatività delle cause di giustificazione, in particolare dell'art. 51 c.p. – in questa sede interessa evidenziare l'importanza di un corretto bilanciamento tra esercizio della libertà religiosa e rango degli interessi sacrificati. Ed invero, questi ultimi non possono che essere considerati prevalenti, consistendo in beni personalissimi – la vita e la salute del minore incapace di autodeterminarsi; l'integrità fisica e la dignità delle donne. Del resto, è di immediata evidenza che una diversa soluzione si tradurrebbe in un ingiustificato privilegio per chi commetta reati per convinzione religiosa.

6. LAICITÀ E AMBITI GIURIDICI A CARATTERIZZAZIONE ETICA

I contesti in cui le decisioni dell'ordinamento giuridico riguardano situazioni dipendenti da visioni generali nei confronti della vita umana – in particolare del suo inizio e della sua fine – sollevano tematiche complesse, che in questa sede possono essere solamente abbozzate³⁴.

Il presupposto da cui si deve muovere è che di fronte a tali tormentate questioni l'ordinamento prende comunque una decisione, fosse pure quella di «non decidere». Ed invero, una politica «astensionistica» implica la legittimazione di una prassi, quantomeno sulla base del principio liberale per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve considerarsi lecito.

Inoltre, occorre avere piena consapevolezza che in tali ambiti si incrina il mito della necessaria avalutatività del diritto, continuamente alimentato dal *milieu* della grande tradizione liberale. Basta

³³ Sulle differenti versioni del multiculturalismo cfr., da ultimo, A. MORRONE, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in AA.VV., *Istituzioni e dinamiche del diritto*, a cura di A. VIGNUDELLI, Torino, 2005 (di prossima pubblicazione); tra i penalisti, p.t., A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2002, 516 ss.

³⁴ In argomento, cfr. le profonde osservazioni di G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in TEDESCHI M. (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996, 285 ss.

riflettere sul fatto che la rimessione integrale di alcune drammatiche soluzioni alle decisioni individuali suppone una tacita selezione dei soggetti legittimati: quelli che – per ragioni di malattia, debolezza fisica o psichica, o impossibilità di esprimere qualsiasi atto – non sono capaci di garantirsi da sé la libertà di scelta, in assenza di una tutela giuridica sarebbero i primi ad essere irrimediabilmente esclusi.

Su queste coordinate deve svilupparsi oggi il dibattito sulla liceizzazione della c.d. eutanasia «attiva», che non può esaurirsi nella prospettiva di garanzia della libertà di autodeterminazione³⁵. Difatti, l'opzione di depenalizzare tale tipologia di eutanasia può concretamente tradursi in un accollo di responsabilità per il soggetto che deve assumere la decisione in condizioni di particolare prostrazione, o addirittura in una espropriazione della decisione stessa ad opera dell'ambiente circostante.

Insomma, il problema è se la riduzione progressiva del potere statale non diminuisca anche la garanzia di tutela per chi materialmente non sia in grado di assicurarsela da sé. Si tratta del dilemma tra rischio di usurpazione da parte dello Stato di prerogative individuali ed esigenze di tutela oggettiva dei soggetti deboli di fronte ad eventuali usurpazioni da parte di altri individui. Proprio nei settori qui in considerazione si palesano i limiti della classica prospettiva liberale, che privilegia la dimensione verticale delle relazioni sociali – ossia l'effettività della rivendicabilità dei diritti fondamentali da parte dei soggetti privati nei confronti dello Stato – trascurando il rischio del potere abusivo dei privati contro altri privati (dimensione orizzontale dei rapporti sociali).

Preso atto che diritto «laico» non è sinonimo di diritto avalutativo – anche la avalutatività comporta un'opzione, in quanto legittimazione di prassi – si deve effettuare una puntualizzazione di fondamentale importanza. Occorre sottolineare che il diritto, in quanto «laico», non può comunque pronunciarsi sui valori, data l'esigenza di garantire al massimo il pluralismo.

Ad esempio, non si deve presidiare con sanzioni giuridiche il valore della sessualità o quello della procreazione. Dunque non può essere condivisa la scelta di prevedere un divieto assoluto delle tecniche eterologhe di fecondazione assistita – la cui violazione comporta l'applicazione di aspre sanzioni afflittive (di natura amministrativa, ma «sostanzialmente» penale) – orientato ad affermare il valore ideale della naturalità della procreazione³⁶.

Una concezione autenticamente laica deve orientarsi alla individuazione e all'apprezzamento di tutti

³⁵ Da ultimo, cfr. S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, a cura di, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, *passim* e bibliografia ivi citata.

³⁶ Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., 417 ss. Ora, con chiarezza, E. DOLCINI, *Embrione*, cit., 446 ss.

gli interessi reali in gioco: senza delegittimarne aprioristicamente nessuno. Così, con riguardo ancora alla procreazione medicalmente assistita: il diritto di autodeterminazione della madre (*rectius*, di entrambi i genitori), nonché il rispetto della sua integrità psicofisica; la tutela dell'embrione e i diritti del nascituro (ad es., a «godere» della doppia figura genitoriale); la tutela del genoma umano e, al contempo, della libertà di ricerca³⁷.

Va sottolineato che si tratta comunque di un apprezzamento selettivo, ossia orientato sulla base di criteri razionali offerti dalle indicazioni ricavabili dai principi costituzionali. In questa dimensione, non sembra si possa riconoscere nel nostro ordinamento, ad esempio, un «diritto a morire»³⁸, o al suicidio – si invece una libertà – mentre il diritto di rifiutare le cure è ricavabile dall'art. 32 Cost.³⁹. In riferimento alle prospettive, in gran parte futuribili, delle manipolazioni genetiche, va esclusa, sul piano dei più fondamentali principi di rispetto della dignità umana, la liceità della clonazione riproduttiva degli esseri umani⁴⁰.

E' necessario inoltre operare un temperamento del maggiore numero di interessi possibili, con peculiare attenzione alla protezione degli interessi dei soggetti più deboli: riteniamo che debba valere il criterio generale per cui la tutela giuridica più ampia va apprezzata per chi non è in grado di proteggersi da sé.

In conclusione, un diritto correttamente ispirato all'idea della laicità deve assumere decisioni orientate a garantire comunque la libertà dei consociati e la simmetria delle loro reciproche posizioni e relazioni (ad es., riconoscendo prerogative anche ai soggetti più deboli). E cercare di compensare le decisioni dolorose che sacrificano un interesse con altri strumenti offerti dalla realtà sociale: così, la necessaria rimessione alla libera scelta della donna della decisione di interrompere in determinate circostanze la gravidanza deve essere affiancata dall'approntamento di risorse (economiche, umane, professionali, strutturali, ecc.) che permettano alla donna una scelta realmente libera di fronte a diverse possibilità⁴¹.

³⁷ Cfr. S. CANESTRARI, *Verso una disciplina*, cit., 57 ss.

³⁸ Di diverso avviso, L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, IP, 2000, 481; sul punto, problematicamente, M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, RIDPP, 1994, 1382 ss.; ID., *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 54 ss.

³⁹ Non è possibile, in questa sede, dar conto di tali affermazioni: sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, op. cit., 216 ss. (anche in *RIML*, 754 ss.).

⁴⁰ S. CANESTRARI, *Verso una disciplina*, cit., 57 ss., anche per l'indicazione dei documenti normativi a livello internazionale. In argomento cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, cit., 57 ss., 82 ss., laddove osserva che deve essere vietato il tentativo di determinare a propria discrezione un altro uomo nella sua costituzione naturale.

⁴¹ Sulle questioni sollevate dall'aborto cfr., tra i penalisti, M. ROMANO, F. STELLA, *Aborto e legge penale. Riflessioni e proposte*, Giuffrè, Milano, 1975, 39 ss.; L. EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, RIDPP, 1988, 1098 ss.; M.

Un'ultima osservazione: una visione realmente laica impone di ritenere inconsistente qualsiasi concezione che si schermi dietro a «etichette» o schemi precostituiti, il cui richiamo privo di argomentazione suona di solito come una *excusatio non petita*. In questa prospettiva, non ci può essere un diritto («biodiritto») laico contrapposto ad uno cattolico: il diritto può essere soltanto un insieme di regole comuni finalizzate alla coesistenza sociale, che tengano seriamente conto, ad esempio, delle prerogative del modello della sacralità della vita e di quello della qualità della vita; della prospettiva liberale avalutativa dell'intangibilità delle scelte individuali e di quella etica della salvaguardia delle esigenze di giustizia soprattutto a favore dei più deboli, per selezionare e cristallizzare la base minima di *equitas* secondo approssimazioni il più possibile adeguate alla realtà sociale.

7. LAICITÀ E STRUTTURA DEL RIMPROVERO PENALE

Quando si pensa alla distinzione tra responsabilità giuridico-penale e responsabilità morale, o per violazione di precetti religiosi, si fa riferimento innanzitutto, quale criterio discrezionale, alla dimensione della *lesività sociale*: il reato, a differenza del peccato o dell'immoralità, è «una condotta che danneggia qualcun altro» – lede o pone in pericolo un bene giuridico – ovvero si caratterizza precipuamente per il fatto di «offendere legittime prerogative altrui di rilievo sociale»⁴². Inoltre, e prima ancora, il diritto penale si occupa solamente di fatti: il fatto tipico, quale unico oggetto di incriminazione in uno stato di diritto, assurge a presupposto di garanzia della libertà inviolabile della persona, nel senso che l'intervento penale è attivabile soltanto a fronte della commissione di un fatto corrispondente a quello previsto da una norma giuridico-penale. D'altro lato, il fatto tipico, quale minimo irrinunciabile per l'incriminazione, rappresenta anche la base

ZANCHETTI: *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992, 50 ss. Da ultima, C. CASSANI, *Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, 1 ss. del dattiloscritto in corso di pubblicazione su AA.VV., *I reati contro la persona*, a cura di S. CANESTRARI, I grandi temi, UTET.

⁴² Si intende *prerogative*, e non mere aspirazioni individuali: la persona che rifiuta sdegnosamente una dichiarazione d'amore non lede alcuna prerogativa (pur potendomi ferire con gravi conseguenze psicologiche); né il datore di lavoro che, potendo discrezionalmente decidere, preferisce un soggetto magari meno referenziato. Inoltre, *prerogative legittime*: chi vince un concorso al posto di un altro certamente delude una sua aspettativa, ma non per questo commette un illecito; né chi caccia della sua abitazione Tizio ivi introdotto senza la sua autorizzazione (commettendo reato di violazione di domicilio). Infine *prerogative di rilievo sociale*: non sono tali il mancato adempimento dei doveri coniugali (che pure possono minare gravemente la solidità della vita di coppia); né la dedizione al fumo o all'alcool; né l'adorazione delle potenze sataniche e l'ostentazione di simbologie connesse (anche se ciò può turbare il senso morale, estetico, di tranquillità personale di altri individui).

dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (*ex artt. 2 e 3 Cost.*).

Un individuo profondamente «malvagio», dedito a pensieri e atti moralmente riprovevoli, che non estrinseca le sue tendenze in alcun fatto illecito non può essere stigmatizzato da un ordinamento laico e liberale. La delimitazione dell'intervento penale alla sola commissione di fatti espressamente previsti dalla legge come reati garantisce, oltre alla libertà individuale, anche l'eguale trattamento di tutti i cittadini: nessuno può essere sanzionato solamente per la sua immoralità.

In questa prospettiva, emerge uno dei tratti fondamentali dell'idea della laicità, quello della non intromissione dei pubblici poteri nelle scelte intime della persona: il rimprovero penale si modella intorno a fatti, non ad atteggiamenti interiori, perché questi ultimi «non devono interessare» l'ordinamento giuridico. Una tale conclusione è imposta direttamente dai principi di materialità e di offensività; come appare evidente, sono principalmente esigenze di garanzia individuale a indicare la necessità di edificare una responsabilità scevra da qualsiasi valutazione attinente al *forum conscientiae*.

Inoltre, la stessa idea della pena come *extrema ratio* e persino il principio *in dubio pro libertate* confermano che l'utilizzo dello strumento penale deve essere funzionale soltanto a esigenze inderogabili di prevenzione rispetto a fatti – espressamente tipizzati – che mettono gravemente a repentaglio la coesistenza sociale, e non per mere manifestazioni di immoralità, o di contrasto con valori etici, religiosi o ideologici di una parte (fosse pure quella maggioritaria) della società; né per espressioni personali di atteggiamento irrispettoso dei valori comuni, o infedele all'ordinamento⁴³.

Ancora: un diritto penale autenticamente laico prende in esame soltanto «fatti», oggettivamente considerati, mentre la dimensione soggettiva rileva non già come elemento fondante dell'incriminazione, ma come delimitazione dello *ius puniendi*. In tale contesto, il processo di normativizzazione delle categorie del dolo e della colpa, che fa di queste ultime anche degli «elementi di fatto», rientra nel *trend* di progressiva laicizzazione del rimprovero penale⁴⁴: la dimensione psicologico-soggettiva del fatto rileva in quanto «oggettivata» riducendo il rischio di adagiare il diritto criminale su letture «spiritualizzate» della colpevolezza⁴⁵.

Infine, sul piano probatorio, per un diritto penale laico il fatto costituisce evidentemente il centro dell'imputazione, quindi il principale *thema probandum*, oggetto di accertamento preciso, completo,

⁴³ Val la pena sottolineare che il principio di legalità-determinatezza vieta altresì di incriminare comportamenti, pur gravemente «immorali», non previsti in maniera tassativa.

⁴⁴ Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, 70 ss.; 173 ss.

⁴⁵ Fondamentale in questa direzione la splendida opera del Maestro che onoriamo (G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971, 123 ss.; 186 ss.).

circostanziato e senza decurtazione. Dunque, non il fatto come prova della volontà malvagia, ma l'assunzione soltanto di quei «fatti» – inclusi i momenti soggettivi che li delimitano – che siano passibili di una traduzione processuale e di una prova effettiva⁴⁶.

Reato come fatto, e non come volontà malvagia; socialmente lesivo, e non moralmente peccaminoso; oggetto di prova rigorosa per la pubblica accusa (valendo altrimenti sempre la presunzione di innocenza), e non di discolpa per il reo: questi i contrassegni che hanno caratterizzato il modello classico di diritto penale.

Oggi ulteriori indicazioni e sollecitazioni nella direzione dell'edificazione di un rimprovero contrassegnabile come laico vengono dalle moderne tendenze normativistiche, orientate a soluzioni radicali – in linea con le emergenti esigenze della società contemporanea, multirelazionale e a contatti anonimi – nell'ottica del processo di formalizzazione di ruoli e di distanze fra gli individui⁴⁷.

Si tratta di un ulteriore passaggio, una tappa nuova ancora in parte inesplorata, del continuo processo di secolarizzazione e di affermazione della laicità. In epoche precedenti – all'interno di società a base familiare, tribale o religiosa – una sovrapposizione tra diritto, morale e religione era indotta anche dalla «vicinanza» delle relazioni, dalla continuità del controllo sociale, dalla visibilità delle condotte riprovevoli e dall'immediato effetto negativo che queste potevano esercitare sulla coesistenza all'interno della comunità stessa: è di tutta evidenza, ad esempio, come l'adulterio o l'incesto assumano un significato profondamente diverso a seconda delle dimensioni del gruppo sociale in cui avvengono e delle distanze relazionali tra i suoi membri.

8. IL SENSO DELLA LAICITÀ ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI: A) TUTELA DEL PLURALISMO; B) CONCEZIONE ANTIPATERNALISTICA DELLA RESPONSABILITÀ

⁴⁶ A una logica opposta, come accennato, deve rispondere invece un diritto penale improntato a istanze etico-religiose, che persegue come finalità l'emenda del reo e la salvezza della sua anima: nella prospettiva di una tendenza alla «soggettivizzazione», ciò che conta è l'*animus* del reo, mentre il fatto commesso degrada a mero sintomo di volontà prava, elemento di natura probatoria, o meglio punto di partenza processuale – «*In maleficiis spectatur voluntas, non exitus*», espressione attribuita ad Adriano da D48, 8 14 –; inoltre viene stigmatizzato il soggetto come «errante» (A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997, 161 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Giuffrè, Milano, 1998, 166 ss.).

⁴⁷ Cfr., da noi, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, cit., 353, nt. 27; nella letteratura d'oltralpe, tra gli altri, W. HASSEMER, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, W. NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, 63.

A) Come si è visto, l'idea di laicità – nel suo duplice significato di autonomia da un lato, di mondanità dall'altro – che sembra deducibile dal disegno costituzionale non può identificarsi con una ideologia (quella del rifiuto aprioristico di qualsiasi prospettiva religiosa o morale e della marginalizzazione o addirittura neutralizzazione di chi se ne faccia portatore): una simile prospettiva, contraddicendo quanto desumibile dai principi esposti, anziché attagliarsi a una visione laica e rispettosa del pluralismo delle prerogative individuali, sancirebbe invece la preferenza per un modello chiaramente confessionale. L'ideologia dello "Stato ateo", lungi dal rappresentare una conseguenza radicale dello Stato laico, va rivista piuttosto come un ritorno allo Stato confessionale. Di tale orientamento si vedono peraltro segni tangibili in tutte le concezioni che, in situazioni di conflitto tra obblighi giuridici e obblighi morali, in nome della laicità assegnano aprioristicamente primato indiscusso ai doveri «statuali»: l'irrelevanza delle opzioni morali o religiose individuali comporta la loro necessaria soccombenza ogni volta che interferiscono con quelle – (pur sempre) opzioni – di ordine pubblico (ad es., le varie situazioni di obiezione di coscienza). Così, la già menzionata proibizione alle ragazze musulmane di portare il velo nei luoghi pubblici⁴⁸ è espressione della pretesa – «non laica», al di là delle affermazioni di principio, ma iconoclasta – dello Stato di stabilire quale sia un «segno religioso ostentatorio», o quali manifestazioni siano pericolose sul piano prettamente simbolico e quindi da vietare: una vera e propria tirannia della mondanità sulla libertà di manifestazione del pensiero e sul fondamentale diritto alla differenza⁴⁹.

Né per laicità si deve intendere una concezione globale della realtà forgiata sulla dicotomia radicale

⁴⁸ Sulla vicenda v. già le riflessioni di G. POGGESCHI, *Il velo islamico in Francia: un problema di una società multietnica*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 287 ss. Com'è noto, la questione ha trovato una soluzione normativa, su iniziativa del Presidente della Repubblica Chirac, con l'istituzione di una Commissione di riflessione sull'applicazione del principio di laicità nella Repubblica. Sulla base del rapporto della Commissione, presieduta da Bernard Stasi, consegnato al Capo dello Stato l'11 dicembre 2003 (in *Bioetica*, n. 3, 2004, 519 ss.), l'Assemblea nazionale prima (10 febbraio 2004) e il Senato poi (3 marzo 2004) hanno approvato infatti la legge 2004-228. L'art. 1, che modifica il *Code de l'éducation*, stabilisce il divieto per gli studenti di indossare, negli istituti scolastici pubblici, simboli o abbigliamento che manifestino «ostensibilmente» una appartenenza religiosa. Sui termini del dibattito che ha sollevato tale normativa cfr., tra gli altri, D. TEGA, *Stato laico: tollerante o militante?*, in *Quad. Cost.*, 1, 2004, 144 ss.; ID., *Il Parlamento francese approva la legge «anti-velo»*, in *Quad. Cost.*, 2, 2004, 398 s.; in Francia si veda il commento alla legge francese del 15 marzo 2004 di V. FABRE-ALIBERT, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, 575 ss.

⁴⁹ Per un'analisi delle problematiche giuridiche relative all'appartenenza religiosa e alle comunità confessionali nell'ambito di una società multiculturale cfr., p.t., A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Il Mulino, Bologna, 2001, *passim*.

Occorre comunque tenere presente che il principio di laicità si caratterizza per essere il riflesso delle esperienze storiche che ciascun paese ha vissuto: così la Francia proibisce il velo per preservare la laicità affermata nel patto repubblicano, mentre la Turchia tende ad adottare un modello di laicità «militante» temendo una *revanche* dello stato teocratico. Sull'evoluzione storica dell'ordinamento turco – che fino al 1991 sanzionava le attività contrarie al principio di laicità tramite l'abrogato art. 163 del codice penale – con un esame delle applicazioni del principio di laicità da parte della Corte costituzionale turca e della Corte di Strasburgo, si veda D. TEGA, *La laicità turca alla prova di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2005, 1 ss. del dattiloscritto.

tra due universi, cui è precluso qualsiasi contatto: quello delle cose materiali o mondane, in contrapposizione a quello di quanto pertiene alla sfera religiosa o morale, relegato necessariamente alla dimensione delle scelte individuali. Una contrapposizione che suppone, implicitamente, un dualismo tra sacro e profano, tra immanente e trascendente, appunto tra laico e morale-religioso – e in ultima istanza richiama persino la dicotomia, di origine probabilmente pitagorica, tra dimensione corporale e spirituale. Anche se si dovesse riconoscere tale scissione come reale – la questione è talmente complessa, ramificata e profonda da non poter essere neppure accennata in questa sede – si deve rimarcare come visione laica e spirituale non stiano mai, nell'esperienza storica concreta, in rapporto di esclusione assoluta, ma di solito si intersechino in vario modo, talora ponendosi in tensione dialettica, talora sovrapponendosi o armonizzandosi⁵⁰.

Il concetto di laicità che riteniamo invece conforme al dettato costituzionale – in particolare al tessuto di principi posti a tutela delle libertà, individuali e collettive – è innanzitutto quello di garanzia e implementazione del maggior numero possibile di interessi. In caso di conflitto tra di essi, in una moderna prospettiva democratica-personalistica il diritto deve essere principalmente orientato a comporre in via equitativa, mentre l'intervento autoritativo deve essere limitato ai soli casi in cui le scelte morali individuali o di coscienza ledono in maniera irreparabile i diritti altrui. La piena consapevolezza che il pluralismo rappresenta un valore, anziché un fattore disgregante, impone di edificare un assetto ordinamentale tale da garantire la possibilità di sviluppo e di libero gioco di tutti (ove praticabile), ovvero del maggior numero di punti di vista⁵¹.

L'idea della laicità è dunque presupposto di salvaguardia dell'eterodossia dialogica: ogni punto di vista è professabile e persino propagandabile, purché in senso «discorsivo» e non prevaricatore. Val la pena ribadire che in democrazia esistono possibilità «dialogico-procedurali» di composizione dei conflitti più rispettose delle prerogative di libertà personali, e spesso anche più efficaci della mera repressione; la coercizione – intesa come ricorso a qualsiasi strumento di tipo autoritativo (tra cui, in posizione peculiare, l'intervento penale) – deve rispondere a stretti criteri di sussidiarietà: ossia, è attivabile soltanto quando altri mezzi si rivelino inidonei o inutilizzabili.

Inoltre, di fronte all'esigenza di assumere delle decisioni, laica è quell'opzione dell'ordinamento che tragga fondamento in ragioni che siano accettabili non solo dai membri di un determinato gruppo: è necessario ricercare un consenso su alcune basi irrinunciabili. Tra queste, inderogabile sembra essere l'esigenza solidaristica di tutela dei più deboli: garantire cioè il massimo di salvaguardia a

quei soggetti che per ragioni di debolezza, malattia, *handicap*, fragilità non sono capaci di autotutelare le proprie prerogative.

Dunque un prisma di significati dinamici implementa la laicità come cardine dell'ordinamento vigente, di cui la prima dimensione prospettica può essere individuata secondo tre coordinate: il modello della tutela della eterodossia dialogica tra interessi, valori e prospettive ideologiche; il criterio della scelta, in caso di conflitto, della soluzione che permette il contemperamento del maggior numero di interessi e valori nel loro massimo grado; il principio «di riserva» della tutela dei soggetti più deboli.

B) Una seconda fondamentale sfaccettatura (strettamente interconnessa alla prima) della laicità è data dalla vocazione antipaternalistica – ovvero responsabilizzante – della moderna concezione dei rapporti tra Stato e cittadino. L'idea della laicità è legata intimamente al principio del riconoscimento dei consociati come liberi: non già meramente sudditi, sottoposti alla volontà sovrana, da essa guidati, comandati, educati come minori o incapaci, ma cittadini, responsabili delle loro scelte – in via di principio, libere – e delle conseguenze delle medesime.

In questa prospettiva sembra riduttivo, se non indebito, intendere l'ordinamento giuridico-penale alla stregua di un insieme di comandi e divieti provvisti di sanzione per l'eventualità della loro mancata osservanza⁵²: solo una visione paternalistica (larvamente teocratica-leviathanica) può giustificare un modello di sudditanza a imperativo del sovrano. Un moderno ordinamento non richiede ai consociati «cieca obbedienza», e neppure necessariamente una «adesione interiore» a valori precostituiti dall'alto: la dialettica democratica riconosce anzi in capo a ciascun cittadino la libertà di porsi anche in contrapposizione con i valori dominanti, persino con quelli considerati irrinunciabili (purché si tratti di contrapposizione «dialogica», tale da non ledere le prerogative di altri soggetti).

La *ratio* dei doveri giuridici che stanno alla base della incriminazione di certi comportamenti sembra quindi risiedere, piuttosto che in "imperativi imposti dall'alto", in schemi di responsabilità afferenti «già alla base» ai cittadini come tali⁵³: l'ordinamento stesso nel momento in cui riconosce questi ultimi quali soggetti di diritto (ad es., con la maggiore età), "li fa responsabili", "prendendo sul serio" le loro azioni e le conseguenze che ne derivano per la società.

⁵² Per una concezione critica rispetto al fondamento della «doverosità» degli obblighi giuridici che strutturano il sistema penale sempre efficace la lettura di W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1973, 27 ss.

⁵³ Sul punto, cfr. L. CORNACCHIA, *Concorrenza*, cit., 83 ss., secondo cui tale prospettiva è chiaramente desumibile dalla Costituzione vigente, in particolare dall'art. 27, comma 1 («La responsabilità penale è personale»).

⁵⁰ Così, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 80.

⁵¹ Cfr., p.t., J. RAWLS, *Liberismo politico*, Ed. Comunità, Milano, 1993, *passim*.

La visione antipaternalistica è in stretta dipendenza dalla questione della legittimazione dell'ordinamento giuridico-penale. Quest'ultima non passa oggi per la definizione della sua origine (fondamento di diritto divino, di diritto naturale, derivato dalla volontà del sovrano, dalla volontà generale espressa nel contratto sociale, ecc.), ma risiede nella conformità dell'ordinamento stesso al modello designato dalla Carta Fondamentale della Repubblica: in particolare, un modello forgiato sul complesso dei diritti e doveri attinenti alla «cittadinanza» (chiaramente individuabile nella compaginazione complessiva dei primi 54 articoli) e sulla tutela delle libertà.

Tali considerazioni rimandano ancora al tema della funzione della pena. All'intervento penale non possono essere assegnate finalità di rieducazione morale, né di retribuzione in senso classico, retaggio di una concezione dello Stato che comanda i cittadini alla stregua di «sudditi».

Inoltre, occorre evitare una concezione penitenziale dell'esecuzione della pena basata su «tecniche di espiatione» che comportino intromissioni nella dimensione personale del reo, o sulla subordinazione della cessazione dell'esecuzione stessa a valutazioni eticizzanti (di «rigenerazione morale»)⁵⁴. Al riguardo, è opportuno ricordare l'opinione di chi sostiene che il passaggio dall'idea retribuzionistica a quella rieducativa – indubbiamente figlio del processo di secolarizzazione – rischia di subire al contempo un fenomeno di «eterogenesi dei fini», che si estrinseca in una concezione organicistica dello Stato, «manipolatore terapeutico, che si prende cura del criminale»⁵⁵.

9. LAICITÀ E GARANZIA DEL CITTADINO DAL POTERE TECNOCRATICO

L'idea di laicità fa propria fin dalle origini l'esigenza di delimitare il potere religioso, tutelando l'individuo nelle sue libere scelte: il grande principio dello Stato di diritto aveva come corollario l'assoluta indipendenza (non necessariamente polemica, anche nel rispetto delle diverse sfere) – garantita dalla montesquieana divisione dei poteri – della struttura della compaginazione sociale intera e del singolo individuo da ogni preconstituito potere supremo.

Nel concetto, menzionato all'inizio, di laicità come autonomia è implicita dunque anche quella dal potere teocratico: nessuna autorità si impone sulla compaginazione sociale o sui singoli per

⁵⁴ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 82.

⁵⁵ V. M. CACCIARI, *Due passi all'inferno*, in CURI, PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, 248, il quale sottolinea altresì il pericolo di un'arrogazione del monopolio dei valori – assurdo nel mondo della «distruzione di quell'orizzonte di trascendenza conferente forma e misura alla retribuzione» – da parte di chi commina la pena: ossia «la posizione radicalmente umanistica si rovescia in contraddittoria esigenza di trascendenza, finendo così necessariamente per sostanzializzare i propri idola».

un'investitura dall'alto; nessun potere deve intromettersi nella sfera intima delle scelte personali per stabilire cosa è lecito e cosa non.

Oggi una peculiare sfaccettatura del moderno Stato di diritto – e della laicità come suo fondamentale carattere – dovrebbe essere quella della salvaguardia degli individui e della società dall'invasione dello strapotere tecnocratico: ossia, dalle pretese della scienza, della tecnica, del mercato⁵⁶. Dal rischio che il diritto – specialmente attraverso i suoi «spazi liberi», o presunti «neutrali»⁵⁷ – possa diventare strumentale agli scopi che la scienza e la tecnologia si propongono (si pensi, ad esempio, ai diritti minacciati dall'evoluzione delle tecnologie biomediche). Riteniamo che sia compito di un diritto autenticamente laico proteggere i cittadini dai nuovi rischi emergenti dal dispotismo della «techné»: soprattutto di limitare l'arroganza dei soggetti che del sapere tecnico sono depositari e intendono sempre più esserlo in esclusiva. Sembrano segnali inquietanti di tale tendenza dispotica la «razionalizzazione estrema» delle azioni, valutate asetticamente solo in termini di efficienza e di preferenze individuali, in maniera distaccata dalle conseguenze delle decisioni (che, ove negative, possono essere imputate all'intero «apparato»); la massimizzazione del profitto come unica forma di riconoscimento intersoggettivo; "l'omologazione mediatica e la trivializzazione logorroica delle differenze specifiche"⁵⁸.

Un'ideologia, quella tecnocratica, particolarmente insidiosa proprio perché non parla il linguaggio della sopraffazione, ma quello accattivante della razionalità, del progresso scientifico, del profitto individuale, del propagandato benessere generalizzato. Laicità non può essere ripudio di qualsiasi presupposto etico o axiologico: il prezzo da pagare sarebbe altrimenti quello dell'asservimento a un'ennesima religione – salvifica – di Stato (o «internazionale»).

10. LAICITÀ COME CARATTERE (E NON COME PRINCIPIO) DEL DIRITTO PENALE

Da quanto detto, risulta che l'intervento penale deve avere carattere di laicità, perché, in caso

⁵⁶ In argomento, cfr. le profonde riflessioni di ARTH. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio*, in Riv. dir. civ., 1988, I, 205 ss.

⁵⁷ Sulla tematica dello «spazio libero da valutazioni giuridiche» (ossia, di settori della vita sociale refrattari a qualsiasi intromissione delle regole giuridiche), ampiamente dibattuta nell'ambito del pensiero giuridico tedesco, v. ad es. K. ENGISCH, *Der rechtsfreier Raum* *ZstaatsW* 108, 1952, 385 ss.; poi in *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, 9 ss.; H.J. HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in *Bockelmann FS*, München, 1979, 89 ss. (96 ss. in senso critico); ARTH. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in *Maurach FS*, Karlsruhe, 1972, 327 ss.; poi anche in *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, 147 ss.; ID., *Rechtsphilosophie*, München, 1997, 226-234 (e bibliografia ivi citata).

⁵⁸ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., 111.

contrario, verrebbero compromessi i principi fondamentali, desumibili dalla Carta Fondamentale della Repubblica, che lo sorreggono e lo delimitano. Nessuna opzione di politica criminale può dunque «straripare» da quella griglia di principi che il dettato costituzionale pone a presidio delle prerogative di tutti i consociati.

Proprio per tale ragione, sembra corretto parlare della laicità come di un carattere ineludibile del diritto penale, e non come di un principio autonomo: di fatto un corollario dell'impronta generale della Costituzione vigente – quello della tutela della libertà –, nonché dei principi di legalità, materialità, offensività, personalità della responsabilità penale, *extrema ratio*, funzione preventiva, e in generale di uguaglianza e libertà di manifestazione del pensiero⁵⁹.

La laicità, in quanto carattere derivato dai principi sopracitati, offre oltretutto le coordinate per un corretto metodo di indagine razionale, quale canone di ermeneutica per i casi dubbi: l'interpretazione giuridica corretta – costituzionalmente orientata – sarà sempre quella «laica», ossia capace di garantire il pluralismo, di contemperare e implementare in massimo grado il maggior numero di interessi e valori pur in conflitto, di proteggere i soggetti più deboli.

Stefano Canestrari

Ordinario di Diritto penale. Alma Mater Studiorum. Università di Bologna

⁵⁹ E' preferibile, da un punto di vista metodologico, mantenere distinti i principi (strutturanti, delimitativi, teleologici) indicati dalla Carta Fondamentale della Repubblica come fondamenti della responsabilità penale, dai caratteri generali, che (lunghi dall'essere meno importanti dei primi) costituiscono nel loro insieme una sorta di «impronta», la fisionomia costituzionalmente orientata lasciata impressa dai principi stessi sull'illecito penale.

ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE

Consiglio Scientifico:

Prof.ssa Paola Olivelli	Direttore Scientifico
Avv. Alvaro Selva	Segretario Scientifico
Avv. Pier Luigi Bacciocchi	Segretario Amministrativo
Avv. Giovanna Crescentini	
Avv. Luigi Lonfernini	
Prof. Luigi Mari	
Avv. Paolo Reffi	

Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo di Miscellanea l'Avv. Alvaro Selva, Segretario Scientifico, e la Sig.ra Sonia Collodet, Segretaria dell'Istituto.

*Segreteria dell'Istituto Giuridico Sammarinese
Via A. di Superchio, 16 – 47893 Cailungo
Tel. 0549/885325*