



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA – DiGiur

CORSO DI LAUREA IN
GIURISPRUDENZA

UN'ETERNA CALIPSO: IL PRINCIPIO DI LAICITÀ NEL DIRITTO PENALE

Relatore: Chiar.mo Prof.

ALESSANDRO BONDI

Tesi di laurea di

ALESSANDRO CIRELLI

Anno Accademico 2016/2017

SOMMARIO

INTRODUZIONE	4
PARTE GENERALE	6
CAPITOLO I IL CAMMINO DELLA LAICITÀ.....	6
1. Semantica della laicità.....	6
2. La secolarizzazione del diritto penale	8
3. Il principio supremo di laicità: tra post-secolarizzazione e neo-confessionismo	17
CAPITOLO II IL PRINCIPIO DI LAICITÀ NEL DIRITTO PENALE	28
1. La fondazione su base laica del diritto penale.....	28
2. Definizione e contenuto del principio di laicità	30
2.1 Laicità come garanzia del pluralismo.....	34
2.2 Modelli di diritto penale contrastanti con il principio di laicità.....	36
3. Principio di laicità e struttura del rimprovero penale	42
4. Il principio di laicità come canone-politico criminale	45
4.1 Funzioni e modalità della pena	45
4.2 La colpevolezza.....	49
4.3 La selezione dei beni giuridici	52
5. <i>Status</i> della laicità.....	57
CAPITOLO III LA LAICITÀ IN EUROPA	64
1. La laicità nei paesi europei.....	64
1.1 La laicità in Francia.....	64
1.2 La laicità in Turchia	65
1.3 La laicità in Germania	66
1.4 La laicità in Spagna.....	67
1.5 La laicità nel Regno Unito	68
2. La laicità nell’Unione Europea	69
3. La laicità per la CEDU	72
3.1 Caso ‘ <i>Refah Partisi and others v. Turkey</i> ’	74
3.2 Caso ‘ <i>Leyla Şahin v. Turkey</i> ’	76
3.3 Caso ‘ <i>Lautsi v. Italy</i> ’	77
PARTE SPECIALE.....	82
CAPITOLO IV IL PRINCIPIO DI LAICITÀ IN CONCRETO: FRA RELIGIONI, MORALI E VISIONI DEL MONDO	82

1. I reati contro il sentimento religioso	82
1.1 Laicità e sentimento religioso	86
2. Il reato di negazionismo: la tutela penale della storia.	93
2.1 Sulla (non) legittimità del reato di negazionismo	100
3. Laicità e multiculturalismo.....	107
3.1 La religione come causa di giustificazione o come attenuante	112
4. I temi eticamente sensibili.....	120
4.1 Il principio di laicità nei temi eticamente sensibili	125
CAPITOLO V IL PRINCIPIO DI LAICITÀ NEGATO: TRA OMOSESSUALITÀ E OMOFOBIA	132
1. Alle origini dello stigma.....	132
2. Il reato di sodomia in Italia: « <i>Riesce più utile l'ignoranza del vizio</i> ».....	138
3. Omofobia.....	140
CONCLUSIONI.....	155
BIBLIOGRAFIA	158
RINGRAZIAMENTI	167

INTRODUZIONE

Nella mitologia greca Calipso è una Dea, figlia del Titano Atlante. Donna bellissima e immortale, fu esiliata dagli Dei sull'isola di Ogigia per essersi schierata dalla parte del padre nella Titanomachia, la guerra fra Dei e Titani. Secondo l'Odissea di Omero e altre importanti opere, nell'arco dei millenni soltanto pochissimi eroi hanno potuto conoscere questa misteriosa creatura, il cui nome deriva dal greco '*kalyptein*' («*Colei che nasconde*»).

Nell'affrontare uno studio del principio di laicità nello Stato italiano, con l'attenzione rivolta principalmente all'ambito penalistico, è interessante osservare come tale principio si presenti fin da subito piuttosto sfumato, evanescente, misterioso e forse proprio per questo poco chiamato in causa dagli operatori del diritto. Ecco che allora, attraverso una felice allegoria, diventa possibile porre sullo stesso piano la Dea Calipso e il principio di laicità: entrambe entità lontane e imperscrutabili, che escono dall'isolamento soltanto quando degli eroi o dei giuristi (egualmente eroici) si recano al loro cospetto.

Le motivazioni che spingono a questo studio derivano dall'attualità e possono sintetizzarsi in quattro importanti fenomeni, che si incontreranno ripetutamente durante l'elaborato: l'ondata migratoria che si è abbattuta sul paese e che, unitamente alla globalizzazione, porta ad una mescolanza di culture, religioni e tradizioni all'interno della popolazione la quale, divenuta fortemente disomogenea, rischia "scontri fra civiltà"; il terrorismo internazionale di matrice islamico-fondamentalista; il progresso scientifico e tecnologico degli ultimi decenni che ha aperto tematiche di bioetica prima totalmente sconosciute; la forza mediatica e politica della Chiesa cattolica che, per il numero di cattolici presenti in Italia e per la vicinanza geografica con Città del Vaticano, finisce per influenzare in maniera rilevante l'ordinamento italiano.

All'interno del dibattito intorno alla laicità, alimentato dalle tematiche appena citate, questo elaborato vuole inserirsi cercando di chiarire il più possibile i controversi significati del principio di laicità, attraverso una sintesi critica dei pensieri dei più autorevoli penalisti contemporanei e, in una seconda fase dell'elaborato, tentando di comprendere il grado di applicazione del principio di laicità all'interno del diritto penale. Per realizzare tali finalità si cercherà, in primo luogo, di utilizzare un linguaggio tecnico ma il più comprensibile possibile, e in secondo luogo di accompagnare alle elaborazioni

teoriche degli efficaci esempi concreti. In altre parole, la chiarezza espositiva è un imperativo categorico di questo elaborato, che se invece si presentasse come oscuro e indeterminato vanificherebbe ogni tentativo chiarificatore del principio di laicità.

Tale studio, seguendo l'impostazione dei codici e dei manuali di diritto penale, sarà dunque diviso in 'Parte Generale' e 'Parte Speciale'.

Nella 'Parte Generale', dopo una breve indagine semantica, nell'ottica di comprendere come si è arrivati alla situazione odierna, si effettuerà nel primo capitolo dapprima un esame del processo storico di secolarizzazione del diritto penale europeo a partire dal '700, per poi proseguire con un'analisi della situazione italiana dal 1948 ai giorni nostri. Nel secondo capitolo, utilizzando complessivamente un metodo induttivo, si andrà alla ricerca dei significati del principio di laicità nel diritto penale, illustrandone i legami con gli altri principi, ponendo particolare attenzione agli "avversari" del principio di laicità, e interrogandosi infine sul relativo *status* della/delle laicità, ossia la qualificazione come 'carattere', 'meta-principio', ovvero come 'principio'. Chiude la 'Parte Generale' una breve indagine comparatistica sul principio di laicità nei principali Stati europei e negli enti sovranazionali quali l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa.

Nella 'Parte Speciale', usando un metodo deduttivo, si cercherà di verificare in concreto il grado di realizzazione del principio di laicità nella parte speciale del diritto penale, analizzando come esso si rapporta a religioni, etiche e ideologie, specialmente quando minoritarie e lontane dalla cultura italiana.

Chiude l'elaborato un'analisi sull'omosessualità nell'ambito del diritto penale italiano: un argomento di stretta attualità e che si presta ad essere un perfetto indicatore del grado di laicità del nostro paese.

«*L'Italia è uno Stato laico?*», «*Il diritto penale italiano è laico?*»: queste le domande fondamentali che sorreggono l'elaborato, e a cui si tenterà di rispondere andando al di là di altisonanti formule di principio e di discorsi utopistici.

PARTE GENERALE

CAPITOLO I IL CAMMINO DELLA LAICITÀ

1. Semantica della laicità

Per affrontare il tema della laicità nel diritto penale, è opportuno partire chiarendo il significato del termine ‘laicità’.

Pressoché ogni fonte che tratti l’argomento, riferirà come primo dato la notevole polisemia della ‘laicità’¹. Il problema della pluralità di significati è una conseguenza del fatto che, storicamente, al concetto di laicità sono stati attribuiti una varietà di contenuti diversi e discordanti a seconda del clima culturale e politico esistente². D’innanzi a tale “Babele semantica”, taluni studiosi hanno addirittura formulato la proposta di abolire l’intero termine «*dato che ognuno lo usa come vuole*»³.

Etimologicamente, laicità deriva dal greco ‘*laikós*’ e significa ‘uno del popolo’ (dalla radice ‘*laos*’ che significa ‘popolo’ appunto) in opposizione al chierico. Probabilmente è proprio per questo significato di ‘popolare’, ‘basso’, ‘profano’ che la laicità è rimasta in qualche caso caricata di una valenza negativa⁴.

Non è qui possibile affrontare il dibattito semantico o quello filosofico sulla laicità, ma è utile esporre brevemente le riflessioni di Giovanni Fornero, uno dei più grandi filosofi italiani contemporanei⁵. Egli distingue tra ‘laicità debole’ e ‘laicità forte’, con l’avvertenza che gli aggettivi in questione hanno funzione descrittiva e non valutativa, cioè non vi è giudizio di valore.

¹ Cfr. F. RIMOLI, *Laicità (dir.cost.)*, in *Enciclopedia Treccani giuridica*, 1995, 1; G. FORNERO, *Laicità*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica Vol. XII*, 2014, 771 ss.; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Giuffrè, 1985, 309.

² V. TURCHI, *Laicismo*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Vol. XII, 2014, 746. Del resto, ciò non deve impressionare in quanto, alla definizione della laicità, si è giunti nel corso dei secoli, costruendola per differenze con altre idee e proprio per questo si è caricata di una varietà di significati: così G. TOGNON, *Laicità e scuola*, in AA.VV., *Lessico della laicità*, a cura di G. Dalla Torre, Studium, 2007, 185.

³ A. PESSINA, *Le ragioni del dialogo*, in AA.VV., *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica*, a cura di E. D’Orazio - M. Mori, Not. Pol., XII, 41-42, 1996, 24.

⁴ F. RIMOLI, *Laicità (dir.cost.)*, cit., 1.

⁵ G. FORNERO, *Laicità debole e laicità forte*, Mondadori, 2008.

La 'laicità debole' o formale, rinvia a un metodo che ognuno può fare proprio, fatto di criteri (razionalità, criticità, libera discussione ecc.) che si riferiscono sia alla sfera teorica-conoscitiva sia alla sfera pratica-politica⁶. Questo è un punto nodale del tema affrontato in questo elaborato: laicità intesa come «*principio di autonomia delle varie attività umane*», un'autonomia intesa in senso etimologico ('*auto-nomos*') ovvero produzione di regole proprie, interne e non imposte dall'esterno⁷.

La laicità così intesa è un concetto straordinario, universalmente condivisibile da chiunque (sia da credenti che da non credenti), regola primaria per una convivenza civile in una società contemporanea democratica e pluralista, ed esprime quindi «*più un metodo che un contenuto*» per dirla con Norberto Bobbio⁸. L'uomo laico sarà allora colui che "indosserà" un abito mentale aperto al dialogo e razionale.

La 'laicità forte' o sostanziale invece, allude semplicemente alla visione del mondo dei non credenti e cioè degli atei e degli agnostici che vivono senza pensare a Dio ('*etsi deus non daretur*')⁹.

Quindi da una parte abbiamo una laicità intesa come razionalità, dialogo e dall'altra una laicità vista come un sinonimo di non credenza: 'laicità metodo' contro 'laicità visione del mondo'¹⁰.

È necessario notare che, nonostante le affinità, non è possibile una '*reductio ad unum*' di questi due significati o l'abolizione di uno dei due.

Fatte queste premesse, quando si parla di 'principio di laicità nel diritto penale' ci si riferisce principalmente all'autonomia del diritto penale, alla sua capacità di reggersi su principi propri, senza subire imposizioni dalla religione o dalla morale¹¹.

⁶ G. FORNERO, *Laicità*, cit. (nota 1), 772 ss.

⁷ N. ABBAGNANO, *Laicismo*, in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed., a cura di G. Fornero, 1998, 625.

⁸ N. BOBBIO, *Perché non ho firmato il "Manifesto laico"*, in AA.VV., *Manifesto laico*, a cura di E. Marzo - C. Ocone, Laterza, 1999, 127.

⁹ G. FORNERO, *Laicità*, cit. (nota 1), 773.

¹⁰ Cfr. V. POSSENTI, *Etica laica*, in AA.VV., *Lessico della laicità*, a cura di G. Dalla Torre, op. cit. (nota 2), 55 ss.; ID, *Le ragioni della laicità*, Rubbettino, 2007, 5 ss.

¹¹ Sul principio di laicità come autonomia cfr. *ex multis* S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, 2006, 139 ss.; E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2009, 1017 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 309 ss.

2. La secolarizzazione del diritto penale

Per secolarizzazione s'intende quel processo storico che gradualmente ha portato all'affermazione della laicità¹². Più precisamente, il termine indica una progressiva riduzione del controllo sociale delle religioni ('dissacrazione') che nelle moderne società occidentali, va di pari passo con lo sviluppo di una cultura razionale e quindi laica¹³.

Sul finire del '700 in America e in Europa, vi fu il periodo delle grandi rivoluzioni¹⁴. Qui nascono i primi Stati laici: autonomi da religioni e ideologie, elaborano principi propri e, quindi, non necessitano di principi trascendenti per giustificare la propria autorità¹⁵.

In Nord America, grazie al fatto che non vi erano tradizioni millenarie da smantellare e una società *de facto* pluralista, la secolarizzazione dello Stato fu semplice da realizzare¹⁶. Gli Stati Uniti d'America decisero di non concedere spazi nella sfera pubblica ai vari gruppi religiosi che avanzavano richieste e privilegi per sé e per i propri sacerdoti, al fine di separare le questioni civili da quelle religiose ed evitare che dei favoritismi nei confronti di una particolare confessione aggravassero la crisi religiosa¹⁷. Si sviluppò dunque a livello federale, un sistema di relazioni ecclesiastiche basato sul dialogo e sul rispetto reciproco, garantito da uno stato neutrale¹⁸.

¹² Sulla secolarizzazione, H. LUBBE, *La secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto*, Il Mulino, 1975; Per il ruolo nella formazione degli ordinamenti politici moderni, è un classico il saggio di Böckenförde *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie*, Ebracher Studien, 1967.

¹³ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvoletti*, Vol. I, Giuffrè, 1991, 168.

¹⁴ Per approfondimenti v. G. S. PENE VIDARI, *Storia del Diritto-Età Contemporanea*, Giappichelli, 2012, 10 ss. Nonostante Böckenförde e altri autori, comincino l'indagine storica sullo Stato laico a partire dalla lotta per le investiture, in questo elaborato si decide di analizzare direttamente lo Stato laico senza soffermarsi sui suoi antecedenti storici. Si rinvia alle opere citate per ulteriori approfondimenti.

¹⁵ Cfr. C. CARDIA, *Stato Laico*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, 874 ss.; L. GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Arch. giur.*, 1967, CLXXII.

¹⁶ Cfr. D. BARILLARO, *Società civile e società religiosa dalla riforma alla restaurazione*, Vol. 1, Giuffrè, 1978, 61; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, 1971, 383; C. CARDIA, *Stato laico*, cit., 878.

¹⁷ D. BARILLARO, *Società civile e società religiosa dalla riforma alla restaurazione*, cit., 62.

¹⁸ Da segnalare l'impronta teista dello Stato nordamericano: «Il sistema "pluriconfessionale nordamericano" riflette sin dalle origini una "impronta teista" che esprime diffidenza ed ostilità verso ogni orientamento non religioso o ateistico, finendo così col dimidiare quella "neutralità" dell'ordinamento che rappresenta la più completa forma di concretazione dello Stato laico. Già con la Dichiarazione di indipendenza del 1776 si proclamava: "verità di per sé evidente che tutti gli uomini sono stati creati eguali e che il Creatore li ha dotati di alcuni diritti inalienabili fra i quali la vita, la libertà, il perseguimento della felicità"», Così C. CARDIA, *Stato laico*, cit. (nota 15), 878.

La Francia, guardando positivamente alla laicità nordamericana, decise di operare un taglio netto con il passato: *«scaturisce il separatismo di tipo illuminista che, derivando la propria legittimazione dalla Rivoluzione francese, e dai suoi principi, pose globalmente in crisi i presupposti teorici e normativi dell' 'Ancien Régime' unionista e confessionista e formulò i principi essenziali del diritto di libertà religiosa e dello Stato laico ai quali ancora oggi, almeno in parte, si ispirano le costituzioni contemporanee»*¹⁹.

Lo Stato laico scaturente dalla rivoluzione francese però, nascendo in opposizione alla religione cristiana, racchiude in sé elementi di laicità militante (talvolta definita 'laicismo') che sfociano nella forma estrema dell'anticlericalismo²⁰. Anziché rimanere neutrale e ascoltare le istanze delle religioni ('laicità debole'), lo Stato diviene sordo a qualsiasi forma religiosa relegando la stessa a mero fatto privato influente per l'apparato statale. Se lo Stato garantisce la libertà di culto individuale ha già assolto ai suoi compiti. In altri termini: la laicità diviene ideologia.

La laicizzazione dello Stato ebbe come naturale conseguenza la produzione di grandi mutamenti in tutto il diritto e soprattutto nell'ordinamento penale: come spiega Giorgio Marinucci, la tipologia di Stato condiziona e anzi determina sia la legittimazione della pena, sia la struttura del reato²¹. Il diritto penale è figlio della sensibilità e della cultura esistente in uno Stato nella cornice temporale di un determinato periodo storico e, quindi, oggi in una società laica e pluralista, anche il diritto penale dovrà uniformarsi al principio di laicità²².

Sullo sfondo di quel vasto movimento di idee che fu l'Illuminismo, nello scenario politico ora accennato, si formano delle complete teorizzazioni laiche del diritto penale.

La dottrina penalistica²³ è unanime nell'attribuire il ruolo di anticipatore delle innovazioni culturali settecentesche a quel movimento filosofico-giuridico chiamato 'giusnaturalismo

¹⁹ C. CARDIA, *Stato laico*, cit. (nota 15), 879.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, 6ª ed., Giuffrè, 2017, 5.

²² G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 168; cfr. in argomento M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari - L. Stortoni, Bononia University Press, 2009, 132, il quale individua specificamente il diritto penale come il «terreno sul quale è nato il principio di laicità, e con esso il liberalismo e lo stato di diritto moderno».

²³ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 6; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Zanichelli, 2014, XIV; C. FIORE - S.

laico', i cui principali esponenti furono Grozio, Pufendorf, Thomasius, Hobbes e Locke. Potremmo assumere come motto di tale dottrina del diritto naturale la celeberrima frase di Alberico Gentili: «*Silete theologi in munere alieno*»²⁴. Essi, con il fine di perseguire la pace (vissero tutti tra '500 e '600, epoca di guerre civili e religiose), tentarono di superare le concezioni teocratiche allora dominanti, ricercando il fondamento delle istituzioni in un diritto naturale profano, laico, terreno, basato su principi razionali. Si concentrarono, nello specifico, sulla selezione delle fattispecie da incriminare, basando le loro teorizzazioni sul concetto di 'azione esterna socialmente dannosa' (Thomasius) e considerando il dolo come condizione per la punizione dell'azione esterna e al contempo come parametro su cui basare la commisurazione della pena. Il diritto penale non sarebbe dovuto servire per moralizzare la società, ma solo per impedire azioni dannose per i terzi, e questo forse è il tratto più importante del pensiero giusnaturalista e liberale²⁵. Grozio, partendo da un'impostazione antropologica e razionale, arrivò addirittura a teorizzare la necessità di separare peccato e delitto²⁶. Si può dire infatti, che i giusnaturalisti eseguirono dal punto di vista teorico tutto il percorso di secolarizzazione del diritto di punire²⁷.

La materia penale però, a causa del peso della tradizione fortemente sacrale (retaggio del medioevo), fu restia ad adattarsi alle moderne concezioni, tanto che si dovrà aspettare il XIX secolo per un reale mutamento del diritto penale in senso laico: questo perché il fondamento del diritto di punire è coincidente con l'interesse dei legislatori e, dunque, se quest'ultimo passa da una concezione teocratica di salvezza delle anime, ad una concezione laica di salvaguardia della società, allora e solo allora si modificherà anche lo *ius puniendi* coi suoi principi²⁸.

Prima di procedere oltre, è bene ricordare che prima dell'illuminismo settecentesco, il diritto penale era connotato da scenari oscuri e confusi sotto tre profili: l'ambito dei fatti

FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., UTET, 2016, 20 ss.; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, editoriale scientifica, 1979.

²⁴ A. GENTILI, *De jure belli*, I, 1598, § 12. Alberico Gentili (1552-1608), professore di diritto internazionale a Oxford, può essere considerato il capostipite dei giusnaturalisti laici: così C. FIORE - S. FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 20.

²⁵ L. FERRAJOLI, *La separazione tra diritto e morale*, in *I problemi del socialismo*, fasc. 5, 1985, 143.

²⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., XIV. Non stupisce allora che il celebre *De jure belli ac pacis* (1625) di Grozio, finì per essere messo all'indice dei libri proibiti.

²⁷ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 23-24.

²⁸ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 21.

punibili, le sanzioni penali e il processo. La giustizia penale fungeva anche da braccio secolare della religione, per cui il crimine era confuso con il peccato e con il moralmente sbagliato²⁹. È in questo contesto che i pensatori europei illuministi come Montesquieu, Voltaire in Francia, Bentham in Inghilterra, Feuerbach in Germania e Beccaria, Filangieri, Pagano in Italia produssero una svolta epocale: si passò dall'equazione 'reato=peccato', all'equazione 'reato=fatto socialmente dannoso'³⁰. Si devono reprimere solo i comportamenti (non anche gli atteggiamenti interiori) lesivi di beni giuridici collettivi o individuali. Per usare una felice metafora di Giovanni Fiandaca: «*La luce dell'illuminismo, diffondendosi, finì col rischiare la gran parte delle legislazioni penali, dalle quali furono progressivamente espunte le figure criminose più aberranti*»³¹.

È soprattutto nel campo della selezione legislativa dei fatti punibili che si afferma il principio di laicità: soltanto le fattispecie che producono un 'danno sociale', un concreto pregiudizio a diritti altrui, possono essere oggetto di incriminazione penale. In altri termini, i beni giuridici vengono secolarizzati. Il moralmente sbagliato non è necessariamente penalmente rilevante.

Questa delimitazione del penalmente rilevante, avviene perché si ripensa alla funzione stessa del diritto penale: «*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 speciali*»³². Scrive Francesco Carrara: «*Il 'giure' penale [...] non può convertirsi in uno strumento di santificazione dell'anima. Non si punisce la violazione del dovere morale, ma la violazione del dovere giuridico*»³³.

²⁹ Le sanzioni penali erano basate su pesanti ed umilianti pene corporali, tese ad ottenere lo «splendore dei supplizi»; il processo penale era fortemente inquisitorio e con pochissime garanzie per l'imputato, così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), I.

³⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 6.

³¹ Erano ancora punite la stregoneria, la magia ecc., così G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 171.

³² Cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2016, Cap 1 § 4; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit. (nota 23).

³³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 1871, 120.

Il diritto penale è strumentale al perseguimento della pace sociale ed è posto a tutela di beni giuridici la cui salvaguardia determina la convivenza civile. Una protezione tuttavia circoscritta alla stretta necessità, come hanno insegnato Feuerbach e Beccaria³⁴.

Un grande artefice del diritto penale liberale così come oggi lo conosciamo, è proprio Cesare Beccaria che nel suo rivoluzionario *‘Dei delitti e delle pene’* propone una desacralizzazione del diritto penale, invoca l’abolizione della pena di morte, rivisita le teorie della pena criticando fortemente la teoria retributiva. Come ha scritto uno studioso dell’illuminismo Franco Venturi: *«Il nodo che da millenni si era formato unendo con mille fili peccato e delitto, veniva tagliato da Beccaria d’un colpo netto. Che la Chiesa, se voleva, si occupasse pure dei peccati. Allo stato spettava soltanto il compito di valutare il danno che l’infrazione alla legge aveva portato all’individuo e alla società. [...] Il diritto penale veniva completamente desacralizzato»*³⁵. Tale secolarizzazione del diritto penale viene avversata con forza dalla Chiesa e, nel 1765, un anno dopo la pubblicazione del libro, questo viene messo all’indice dei libri proibiti, per uscirne solo nel 1948³⁶.

Si coglie ora l’occasione per fare un approfondimento su questo tema. È interessante notare che una parte della dottrina (specialmente Mario Romano³⁷) sostiene che la laicità del diritto penale (e dello Stato) sia una conseguenza diretta dei principi cristiani e sia quindi pienamente accettata dalla Chiesa. D’altra parte tali teorie si inseriscono perfettamente in quel filone di pensiero inaugurato da Pio XII (con la celebre “sana laicità” pronunciata in un famoso discorso) che vede la Chiesa appropriarsi della laicità sulla base di un noto passo del vangelo (*«Date a Cesare ciò che è di Cesare, e a Dio ciò che è di Dio»*)³⁸.

³⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764; A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1812.

³⁵ F. VENTURI, *Il diritto di punire, in Utopia e riforma nell’illuminismo*, Einaudi, 1970, 125.

³⁶ La fortuna civile e letteraria del Beccaria fu talmente straordinaria che superò la censura della chiesa: le idee di Beccaria penetrarono nelle legislazioni dei decenni successivi, e infatti nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino (1789) sono presenti alcuni degli enunciati più significativi del suo pensiero (ad esempio, il principio di legalità e di non retroattività delle norme penali).

³⁷ M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.2-3, 2007, 493 ss. Certamente una posizione non isolata in dottrina, ad es. V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, 2007, 259 ss.

³⁸ Discorso di Pio XII ai Marchigiani residenti in Roma, Domenica, 23 Marzo 1958 (consultabile su www.vatican.va) che riprende *Vangelo secondo Matteo* 22,21; *Vangelo secondo Marco* 12,17; *Vangelo secondo Luca* 20,25; Cfr. G. DALLA TORRE, *Sana Laicità o laicità positiva?*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, fasc. 2, 2016, 343 ss.

Tale tesi tuttavia, non può essere accolta per varie ragioni: in primo luogo, è smentita dalla storia ma anche dalla cronaca recente, vista la veemenza con cui la Chiesa si è sempre opposta alla separazione fra peccato e delitto³⁹. Inoltre, sempre da un punto di vista storico, è se non altro bizzarro che il cristianesimo si proclami maestro di laicità dato che può contare al suo attivo diverse crociate, guerre di religione ed innumerevoli roghi⁴⁰.

In secondo luogo, la Chiesa non può essere maestra di laicità in quanto si colloca ontologicamente agli antipodi da essa: come ha scritto Guido Calogero, la laicità è «regola di convivenza delle filosofie» e «il laico non pretende mai di possedere la Verità più di quanto anche gli altri possano pretendere di possederla!».

Luigi Ferrajoli afferma che esiste un problema epistemologico di fondo alla base della laicità, che ha a che fare sia con l'etica che con il diritto e che si manifesta nell'opposizione tra il cognitivismo etico della religione e l'anticognitivismo della visione laica e liberale: «ogni morale religiosa si propone come verità morale. Al contrario, secondo la concezione laica e liberale, la verità si conviene soltanto alle tesi assertive, siano esse della logica o della conoscenza empirica [...] la posizione cattolica o anti-laica consiste nel ritenere che esista ontologicamente, perché voluta da Dio, o simili, la morale e che dunque compito del diritto è tradurla in norme giuridiche [...] i valori cattolici sono "non negoziabili". La posizione laica, al contrario, esclude che dei valori sia predicabile la verità o falsità. [...] L'etica "con verità" è una mistificazione sia dell'etica, che della verità, inevitabilmente fonte di intolleranza, essendo i valori [...] non verificabili né dimostrabili»⁴¹.

La Chiesa "parte" dall'idea di Dio e attraverso i testi sacri perviene a principi assoluti, dogmi e verità non discutibili: selettivamente sorda con tutti i soggetti che la pensano diversamente da lei. Il laico rifiuta le verità assolute, i dogmi mentre la Chiesa si basa proprio sull'affermazione di questi⁴².

In terzo luogo, l'ordinamento canonico respinge(va) principi che sono tipici dei sistemi penali moderni:

³⁹ G. MARINUCCI, *Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello stato*, in www.statoechiese.it, 2009, 2.

⁴⁰ Emblematica la vicenda di Giordano Bruno.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. Laicità del diritto penale*, cit. (nota 22), 127-128.

⁴² E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1022 ss.

- principio di legalità: oggi principio di rango costituzionale in quanto elementare regola di civiltà e strettamente legato al principio di laicità. Il codice penale canonico del 1917 (in vigore fino agli anni '80) e la legge sulle fonti del diritto dello stato di Città del Vaticano negavano proprio il principio di legalità potendosi punire un fatto non tipizzato (perfettamente in linea con un ordinamento penale teocratico così come delineato da Carpzov⁴³);

- principio di materialità: non si può essere puniti per i pensieri e per il modo di essere⁴⁴. La Chiesa, come altre religioni, non può accettare un simile principio di derivazione laica in quanto non può accontentarsi delle sole azioni e anzi, considera queste alla pari dei pensieri. Citando Federico Stella: *«Tutte le forti fedi tendono ad essere totalitarie, a crearsi cioè un sistema completo, religioso, morale, giuridico, un sistema che penetra ogni lato della vita: quello che si cerca è l'uomo nella sua interezza»*⁴⁵.

La Chiesa, non solo non è maestra di laicità ma anzi si colloca in antitesi ad essa e in passato, quando ha avuto il potere per opporsi alle voci contrarie, non ha mai perso l'occasione per sopprimerle usando i metodi più violenti.

Sulla questione Augusto Barbera è stato molto chiaro: *«La distinzione fra diritto e religione sarà [...] alla base del pensiero cristiano, ma non così sarà per quanto riguarda le relazioni che nei secoli si verranno a stabilire fra Chiesa e Stato»*⁴⁶. Quindi se (forse) è vero che la laicità dello Stato è un principio cristiano, non è altrettanto vero che esso è anche un principio della Chiesa cattolica. Nella seconda parte dell'elaborato si vedrà in concreto come tuttora oggi la Chiesa violi l'accordo di reciproca indipendenza siglato con lo Stato italiano e, pertanto, si collochi agli antipodi del principio di laicità.

Chiarito questo punto, è necessario soffermarsi sulla valutazione della reale incidenza delle idee illuministe sulle legislazioni del tempo. Non possiamo pensare che si sia passati da un diritto penale di stampo medievale, teocratico e paternalista ad uno laico, razionale e liberale nell'arco di pochi decenni e solo perché alcuni autori hanno pubblicato dei

⁴³ Cfr. S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit. (nota 23).

⁴⁴ Verranno analizzati approfonditamente i collegamenti fra laicità e i principi del diritto penale nel capitolo II.

⁴⁵ F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 309 ss.

⁴⁶ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 37.

fortunatissimi manoscritti che oggi definiremmo ‘*best-sellers*’⁴⁷. Sarebbe una descrizione lontana dal vero e quasi fiabesca. Storicamente si sa, ogni idea anche e soprattutto se rivoluzionaria, viene puntualmente avversata da istanze conservatrici, e così è accaduto anche negli anni e nei secoli successivi alla nascita delle teorie illuministe. Certamente, fu l’aver messo in luce il ‘problema penale’ che scosse le coscienze collettive e indusse alcuni sovrani illuminati particolarmente sensibili, ad ispirarsi ai principi enunciati da Beccaria per le loro legislazioni (Caterina II di Russia, Giuseppe II d’Austria e Pietro Leopoldo di Toscana)⁴⁸, ma tutto ciò ancora non bastò in Europa per un vero e proprio consolidamento effettivo e completo dei valori giusnaturalisti e illuministi. Se si volesse approfondire le cause della sopravvivenza di un diritto penale non laico nell’800, si potrebbe citare:

- a) Il cesarismo imperiale di Napoleone Bonaparte impose da subito una svolta autoritaria che condusse ad un regresso in campo penale (estensione dei casi di applicazione della pena di morte, reintroduzione di pene infamanti e odiose come la gogna, aumento generale del trattamento sanzionatorio)⁴⁹;
- b) Il romanticismo e cioè quel moto spirituale europeo che si pose in antitesi alla “ragione” illuminista, in quanto incapace di spiegare tutta la complessità del mondo, opponendo ad essa l’irrazionalità, i sentimenti rivalutando la tradizione e propugnando l’idea di libertà come fondamentale esigenza dell’individuo;
- c) L’uso politico della religione come strumento di controllo sociale in epoca di restaurazione post-napoleonica;
- d) La ricorrente riemersione di ideologie tendenti a imporre la morale sul piano giuridico⁵⁰.

Doveroso notare che i codici napoleonici, enorme novità dell’800, sono una conquista del pensiero illuminista il quale, soprattutto per il diritto penale, richiedeva un codice con

⁴⁷ Il libro di Beccaria circolò in tutta Europa e vendette numerosissime copie.

⁴⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), XVII. Si segnala, anche per curiosità, che Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, con la sua legislazione del 1786 (Codice leopoldino o Leopoldina), fra le svariate novità ispirate ai principi illuministici (fra cui una tipizzazione dei reati ed un processo garantista) abolì la tortura e, per primo al mondo, la pena di morte.

⁴⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), XVIII.

⁵⁰ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 172.

reati certi e pene fisse in un'ottica di certezza del diritto, al fine di sottrarsi all'arbitrio dei giudici.

Anche dopo il periodo Napoleonico, vi fu un'aspra reazione anti-illuministica, che andò accentuandosi sempre più nel corso del XIX secolo, sia per il ritorno in auge di tendenze spiritualistiche che rivalutarono il retribuzionismo etico («*l'ordine morale richiede la retribuzione del male della pena per il male del delitto*» scrisse Pellegrino Rossi nel suo trattato di diritto penale), sia per il mutato atteggiamento politico generale, più occupato a proteggere l'ordine pubblico che a proporre riforme⁵¹. Più in generale si può notare che è un tratto caratteristico dei regimi autoritari, la messa in discussione dei principi illuministici, in quanto non vi è necessità di avere un sistema penale razionale con pene proporzionate e con un processo accusatorio, garantista bensì è necessario ribadire costantemente l'autorità, e il diritto penale è uno strumento perfetto a tal fine in quanto, attraverso pene esemplari ed esposte al pubblico, si intimidisce la collettività garantendo l'ordine pubblico e la sottomissione.

Assumendo l'angolo prospettico del diritto italiano e della sua storia, si può vedere che lo Statuto albertino del 1848, esteso poi al Regno d'Italia nel 1861, indica al primo articolo che «*La religione cattolica è la sola religione dello Stato*», e che «*gli altri culti sono tollerati conformemente alle leggi*»⁵². In rapida sintesi, è interessante notare, in primo luogo, la dichiarazione di confessionarietà e di negazione del principio di laicità e della libertà religiosa. In secondo luogo, è opportuno ricordare che in quegli anni era assai vivo il dibattito sulla laicità dello Stato, il quale vedeva opporsi da una parte i sostenitori di ideologie di stampo illuminista e dall'altra, tutti i soggetti che avevano interesse a mantenere lo *status quo* (basti pensare ai privilegi ecclesiastici del tempo come il '*privilegium fori*'). *En passant* è doveroso citare, in quanto emblematica, la 'questione romana': tema centrale dall'unità d'Italia in poi, culminato con la '*debellatio*' dello Stato Pontificio nel 1870. Inevitabilmente tutto questo si ripercuote sulle leggi del tempo che diventano contraddittorie sul tema della laicità dello Stato⁵³.

⁵¹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), XVIII.

⁵² Gli storici del diritto italiano ritengono che tale norma sia stata inserita e voluta da Carlo Alberto di Savoia, perché egli professava la religione cattolica.

⁵³ G. S. PENE VIDARI, *Storia del Diritto-Età Contemporanea*, cit. (nota 14), 113 ss. e 144 ss.

Sul finire dell'800, sul terreno delle dottrine penali, vi fu lo scontro fra la 'scuola classica', di cui caposcuola fu il già citato Francesco Carrara, sostenitore delle teorie illuministiche (se pur con prospettive diverse da quelle originarie), e la 'scuola positiva' di Cesare Lombroso, la quale propugnava l'idea che non si dovesse perseguire una lotta alla criminalità basandosi sui reati, ma sui rei (*«uomini delinquenti»*)⁵⁴. Tale nuovo indirizzo criminologico, basato sulle caratteristiche biologico-somatiche degli individui, presenta svariate differenze e sfumature al proprio interno che non è utile approfondire in questo contesto, e ai fini del presente elaborato è sufficiente puntualizzare la distanza tra questo filone di pensiero e quello illuministico: i positivisti negavano l'autonomia del diritto penale da scienze sociali quali l'antropologia e la sociologia, negavano il libero arbitrio e di conseguenza la colpevolezza, concepivano il diritto penale come finalizzato alla difesa dalla società dai criminali, al punto da introdurre il concetto di misura di sicurezza, dalla durata temporale indeterminata⁵⁵. La distanza tra le due scuole è, come si può notare, siderale: premesse, metodi e conclusioni opposti hanno reso piuttosto sterile il dibattito di quegli anni.

Da tale scontro fra scuole, perdurato fino ai primi decenni del XX secolo, uscì vittoriosa la scuola classica ed è sulle sue teorizzazioni, fondate su una matrice illuminista e poi rivisitate e ampliate dal nuovo testo costituzionale del 1948, che si basa il diritto penale italiano attuale.

3. Il principio supremo di laicità: tra post-secolarizzazione e neo-confessionismo

All'indomani della promulgazione della Costituzione italiana, in tema di religioni e ideologie, vi erano nel diritto, e in quello penale nello specifico, notevoli incertezze. Queste, erano in qualche modo fisiologiche, dato che si era appena abbandonata una forma di Stato totalitaria e confessionista, per passare ad una Repubblica democratica e laica. Paradigmatico in questo senso era il conflitto fra la Costituzione e i Patti Lateranensi (richiamati all'art. 7 Cost.): all'interno dei Patti, il Cattolicesimo era designato come

⁵⁴ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 7.

⁵⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), XXV-XXVI. Da segnalare, ai fini della percezione di quanto seguito avesse la scuola positiva, che un esponente della scuola positiva, Enrico Ferri, realizzò un progetto di codice penale nel 1921 il quale non venne promulgato soltanto a causa dell'avvento del Fascismo.

religione ufficiale dello Stato, mentre la Costituzione, sanciva la parità tra le libertà delle confessioni religiose (art. 8 Cost.), unitamente ad una forte libertà religiosa (art. 19 Cost.). Si noti, parità delle libertà non parità fra confessioni. La Chiesa cattolica è un ordinamento giuridico indipendente e sovrano con cui si stipula un accordo internazionale, e lo si sottrae ad un regime giuridico comune, attribuendo ad essa un privilegio⁵⁶.

Nel diritto penale, un esempio evidente dell'incertezza del tempo e dei privilegi accordati al Cattolicesimo, è dato dai delitti contro il sentimento religioso di cui agli articoli 402 ss. c.p., che hanno continuato a mantenere la tutela rafforzata in favore della religione cattolica, ancora per diversi decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁵⁷.

Tale posizione di privilegio è testimoniata ancora oggi nella materia matrimoniale (il matrimonio concordatario nacque nel 29'), in materia di istruzione (obbligo di insegnamento della religione cattolica), in materia di privilegi fiscali e patrimoniali, in materia di tutela penale⁵⁸.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il principio di laicità dello Stato quindi, ha fatto inizialmente fatica ad affermarsi, a causa delle resistenze storiche e sociali di quegli anni⁵⁹, ma pian piano la laicità è riuscita a prendere sempre più piede nella legislazione, fino a raggiungere i suoi livelli più alti negli anni 70' e 80' del secolo scorso. Infatti, proprio in questo periodo, vennero emanate leggi laiche molto importanti, particolarmente volute dal popolo, fra le quali, le leggi che introdussero in Italia il divorzio (l. 1 dicembre 1970, n. 898) e l'interruzione volontaria di gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194)⁶⁰. Sul finire degli anni '80 poi, la Corte Costituzionale ricavò dalla Costituzione per via ermeneutica il principio di laicità dello Stato attribuendo ad esso il valore di principio supremo, quindi immutabile e al vertice della gerarchia delle fonti,

⁵⁶ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 72 ss.

⁵⁷ Un approfondimento su questi articoli, sarà svolto nella parte speciale.

⁵⁸ P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2011, 764.

⁵⁹ Il fatto di non aver inserito una dichiarazione espressa di laicità dello Stato all'interno della Carta Costituzionale, a causa delle difficoltà a trovare un accordo sul punto fra DC e Partito Comunista, ha certamente acuito le incertezze negli anni a seguire, cfr. S. LARICCIA, *La laicità della Repubblica italiana*, in www.astrid-online.it, 2 ss.; A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, 6ª ed., Il Mulino, 2010, 164 ss.

⁶⁰ «La legge sull'aborto del 1978 segna uno dei momenti più alti nel cammino della nostra legislazione penale lungo la rotta della laicità», così E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1120.

sino a qualificarlo come «uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica»⁶¹.

In estrema sintesi, la Consulta, precisando sempre più il contenuto del principio di laicità, enuclea quattro obbligazioni fondamentali per i pubblici poteri:

1. Obbligo di tutelare la libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale⁶²;
2. Obbligo di mantenere un atteggiamento di equidistanza e imparzialità nei confronti di tutte le religioni, ferma restando la possibilità di regolare bilateralmente i singoli rapporti con intese⁶³;
3. Obbligo di parificare la protezione delle coscienze di ognuno, quale che sia la religione di appartenenza⁶⁴;
4. Obbligo di operare la distinzione fra l'ordine delle questioni civili e l'ordine delle questioni religiose, con conseguente divieto per lo Stato di utilizzare i precetti religiosi per rafforzare i propri interventi⁶⁵.

Da questi contenuti sono stati individuati, dalla dottrina ecclesiasticista⁶⁶, alcuni corollari che è utile segnalare. Lo Stato laico:

- Non può tutelare una religione più o meno incisivamente rispetto ad altre, e i poteri pubblici devono astenersi dal favorire o propagandare i valori di una determinata dottrina confessionale;

⁶¹ Corte Cost., sentenza 11 aprile 1989, n. 203. Sul principio di laicità nella dottrina costituzionalistica, cfr. ex multis F. RIMOLI, *Laicità (dir.cost)*, cit. (nota 1), 1 ss.; ID, RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, 2006, 335 ss.; A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 33 ss.; P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, cit. (nota 58), 761 ss.; S. STAMMATI, *Riflessioni minime in tema di laicità (della comunità e dello Stato). Un colloquio con alcuni colleghi*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2008, 341 ss.; A. TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo* in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2006, 375 ss.; C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di "relativismo"*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2006, 821 ss.; S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2007, 501 ss.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Corte Cost., Sentenza 13-20 Novembre 2000, n. 508.

⁶⁴ Corte Cost., Sentenza 18 Ottobre 1995, n. 440.

⁶⁵ Corte Cost., Sentenza 8 Ottobre 1996, n. 334.

⁶⁶ G. CASUSCELLI, «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale» in materia di vilipendio della religione, in *Quaderni della scuola di specializzazione*, in *Diritto ecclesiastico e canonico*, 7, 2002, 86; V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, in www.olir.it, 2005, 8.

- Deve garantire la parità fra le confessioni religiose e la uguaglianza fra i soggetti a prescindere dalla loro appartenenza ad una determinata religione;
- Si dichiara incompetente a valutare i principi di una religione: lo Stato non si occupa del foro interno delle coscienze;
- Deve rispettare tutte le religioni e i comportamenti che ne discendono, purché siano frutto di una libera scelta e non vadano in contrasto con altre libertà costituzionali⁶⁷.

Come si vede, gli sforzi della Corte Costituzionale e della dottrina, hanno permesso al principio di laicità dello Stato, di avere un contenuto piuttosto ampio, preciso e forte (tanto che si è parlato di 'laicità riformista' o di 'laicità in senso forte'⁶⁸), e la massima vincolatività possibile: il principio supremo di laicità, oltre a collocarsi al vertice della gerarchia delle norme giuridiche, diviene parametro supremo di costituzionalità, e primo criterio ermeneutico delle leggi che hanno contenuto etico-religioso⁶⁹.

Tuttavia, tali sforzi teorici sul piano giuridico, per quanto importanti e dotati (sulla carta) di notevole vincolatività, sono stati di recente controbilanciati, sul piano pre-giuridico, da un mutamento del clima politico-sociale generale: sul finire del ventesimo secolo, si è cominciato a parlare sempre più fra sociologi, filosofi e giuristi, di società post-secolarizzata⁷⁰. Terminata la secolarizzazione, le religioni, non contente di essere relegate alla sfera del privato, decidono di ritornare sulla scena pubblica, al fine di influenzare le leggi per poterle utilizzare a sostegno della fede e della morale.

⁶⁷ V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 8. Si segnala che quanto detto dalla Consulta in merito alle religioni, vale anche per la morale, l'etica e le ideologie.

⁶⁸ V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit., 6 ss. (nota 66); Cfr. S. DOMANIELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, 1999, 88 ss.

⁶⁹ V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 4; Di diverso avviso autorevole dottrina, che contesta la natura di principio supremo e l'univocità dei contenuti della laicità, v. A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 82 ss.

⁷⁰ Cfr. J. HABERMAS, *La rinascita della religione: una sfida per l'autocomprensione laica della modernità?*, in AA.VV., *Religione e politica nella società post-secolare*, a cura di A. Ferrara, Meltemi, 2009, 24 ss.; K. EDER, *Post-secularism: A return to the public sphere*, in www.eurozine.com, 17 Agosto 2006; S. RODOTÀ, *La politica debole e l'offensiva della chiesa*, in *Repubblica*, 8 Febbraio 2007; Nella dottrina penalistica, solo per citarne alcuni, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, 546 ss.; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1029 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, cit. (nota 37), 495; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale: Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, 11 ss.

In Italia poi, lo scioglimento della Democrazia Cristiana, lasciando i votanti cattolici privi di un partito di riferimento, ha paradossalmente aumentato il peso politico della Chiesa cattolica: ogni partito che ambisca al governo del paese necessita del voto dei credenti, e per ottenerlo, promette ed emana leggi filo-cattoliche⁷¹.

In tale situazione se il fronte politico laico-progressista si dimostra debole, la conseguenza naturale è una ri-eticizzazione delle norme giuridiche e in special modo quelle penali⁷², con un ritorno alle logiche dello Stato confessionale: lo Stato si ripropone come braccio armato della religione permettendo a questa di incrementare la propria forza morale e ideologica attraverso la corrispondenza fra i suoi valori e quelli presenti in leggi dello Stato, e a se stesso di utilizzare la religione come rinforzo morale per le proprie leggi, e ottenere una maggior legittimazione politica e morale del proprio governo, favorita da accordi più o meno taciti con le gerarchie ecclesiastiche. Del resto, farsi amica la religione dominante e inchinarsi di fronte al Papa per riceverne la benedizione è una costante storica da Carlo Magno in poi.

Se a tutto ciò, si aggiunge quel magma di sentimenti provocato dal terrorismo di ispirazione islamico-fondamentalista che tormenta le società occidentali dall'inizio del XXI secolo, ecco allora inevitabile, *«lo svanire delle "classiche" predizioni sociologiche per le quali la modernizzazione, via via procedendo, avrebbe eroso fino a estinguere l'anima religiosa delle società, restituendo così agli uomini un mondo "disincantato"»*⁷³.

Quindi, la neo-nata laicità italiana, in un clima di post-secolarizzazione, avversata da istanze neo-confessioniste, e non abbastanza difesa da legislatore, giurisprudenza e

⁷¹ V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 29. L'Autore aggiunge: *«Dalla legge sulla parità scolastica (che – di fatto – ha aperto la strada al finanziamento delle scuole cattoliche) alla legge sul finanziamento degli oratori, dalla mancata presentazione al Parlamento delle intese (già firmate) con Testimoni di Geova ed Unione Buddhista alla legge che ha inserito in ruolo gli insegnanti di religione cattolica, dalle proposte di legge che obbligano l'esposizione del crocifisso nei locali pubblici alle "chiusure" su temi come eutanasia e unioni di fatto, l'impressione è che le maggioranze politiche succedutesi in questi anni stiano assumendo posizioni non sempre e non pienamente rispettose del principio di laicità»*.

⁷² Nella dottrina penalistica, sull'argomento della post-secolarizzazione e del neo-confessionismo, cfr. in particolar modo, E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1117 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., 546 ss.; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, cit. (nota 70), 1029 ss.

⁷³ C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, cit. (nota 70), 1029 ss.; Cfr. M. ROSATI, *Da Durkheim a Parsons, i classici ci avevano avvertiti*, in *Reset*, fasc. 90, 2005, 12.

dottrina, non ha mai avuto abbastanza tempo e spazio per potersi consolidare e divenire realmente ciò che i costituenti e la Corte costituzionale, avevano progettato che fosse.

Se l'età moderna ha fatto registrare l'abbandono del fondamento teologico del diritto e l'emersione «*di un significato di valore-disvalore del tutto laico-secolare, integralmente terreno, per molti aspetti della realtà sociale*»⁷⁴, l'età contemporanea deve fare i conti con il ritorno «*all'etica e alle etiche sulla ribalta dello spazio pubblico, socialmente e giuridicamente rilevante*»⁷⁵.

Opportuno puntualizzare che tale 'neo-confessionismo' non è una rievocazione del confessionismo delineato dai Patti Lateranensi del 1929, ma è un sistema nuovo, basato sulla morale cattolica, la quale intende sovrapporsi alla morale comune di tutti gli italiani, e divenire quel "cemento" utile a rinsaldare la società italiana, disgregata dalla perdita dei valori. Confondendo la morale degli italiani, con i principi morali del cattolicesimo, si hanno due conseguenze principali:

1. La religione cattolica diventerà (se non lo è già), la religione civile dello Stato (intesa come «*set di valori morali generalmente condivisi dai membri di una comunità politica e ritenuti essenziali per plasmare un 'bon citoyen' ed un 'sujet fidèle'*»), non ufficiale ma bensì "ufficiosa";
2. Per la fallacia argomentativa c.d. 'della brutta china'⁷⁶, il legislatore si rifiuta di trasgredire i principi della morale cattolica, anche in casi estremi e gravi, con il risultato che pur di non farlo, crea 'monstra' legislativi razionalmente ingiusti⁷⁷.

In altri termini, sul piano pre-giuridico, la società post-secolare è segnata dalla confusione tra "sacro e profano", tra etica e diritto, le cui regole cercano una vicendevo-

⁷⁴ Cfr. M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit. (nota 22), 483.

⁷⁵ Così, S. BERLINGÒ, *I vincoli etici nell'esperienza giuridica contemporanea. Alcune riflessioni introduttive*, in *Diritto e religioni*, fasc. 2, 2007, 13.

⁷⁶ Conosciuto anche come 'slippery slope argument'.

⁷⁷ V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 29-30. L'autorevole ecclesiasticista aggiunge: «È paradigmatica di questo atteggiamento non solo la totale chiusura del legislatore sul tema dell'eutanasia (anche in quei casi in cui la morale predominante tenderebbe a legittimare la pratica), ma anche la scelta di non creare alcuna deroga al divieto di ricorrere alle tecniche di PMA per le coppie potenzialmente fertili ma affette da patologie trasmissibili; scelta da cui traspare il principio di fondo per cui è preferibile mettere al mondo un essere umano malato che violare le leggi morali della Chiesa cattolica».

giustificazione, determinando conflitti di difficile risoluzione⁷⁸. Una spregiudicata strumentalizzazione da parte della politica ha fatto sì che questi conflitti finissero con lo sfociare «sempre più spesso in forme serpeggianti di supremazia - quando non di espressa prevaricazione - delle ragioni religiose su quelle secolari»⁷⁹. Tale neo-confessionismo strisciante, è evidentemente in netto contrasto con il principio supremo di laicità.

È bene puntualizzare, che in questa sede non s'intende patrocinare l'idea (o meglio, l'ideologia) che l'unica laicità possibile, sia quella c.d. 'alla francese', che esclude categoricamente la concessione di qualsiasi spazio pubblico alla religione. La versione post-moderna della laicità, «pur sensibile ai possibili rischi di commistioni o confusioni tra ordini poteri e ambiti distinti, [...] non teme il realistico riconoscimento di uno spazio pubblico alle religioni»⁸⁰.

Quello che si vuole qui sottolineare invece, è che lo Stato, ogni qualvolta compia delle scelte, dovendo tenere in considerazione l'eguale libertà di tutti, deve argomentarle e giustificarle con laica razionalità⁸¹. Il punto di vista religioso infatti, può prevalere nelle leggi dello Stato, ma solo se supportato da ragioni laicamente sostenibili. Nella prospettiva della laicità, le scelte legislative vanno prese tenendo in considerazione il bene comune, valutato in relazione ai benefici e ai pregiudizi, per gli sviluppi della società⁸².

Importante notare inoltre, che i nuovi conflitti (in materia di coppie di fatto, legami tra persone dello stesso sesso, fecondazione assistita, contraccezione, testamento biologico,

⁷⁸ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in www.statocchiese.it, 2011, 5.

⁷⁹ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 3.

⁸⁰ M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni e norme penali*, cit. (nota 37), 494.

⁸¹ M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni e norme penali*, (nota 37), 498. Nello stesso senso, V. PACILLO, *Neo – confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 15: «in forza del principio di laicità – ogni provvedimento statuale (sia esso di carattere legislativo, amministrativo o giudiziario) deve derivare da un processo decisionale fondato sull'argomentazione logica e non su verità imposte da un determinato messaggio religioso: ciò avverrà a) quando l'argomentazione che giustifica l'adozione di un provvedimento sia supportata (non dal volere di una potenza o degli organi da essa deputati ad interpretare il suo messaggio ma) da ragioni prive di contraddizioni logiche, fondate su premesse teoriche ed empiriche considerate vere, o 'sufficientemente garantite', all'interno del gruppo dei consociati o della comunità scientifica, b) quando le ragioni avanzate in favore di quel provvedimento offrano una risposta soddisfacente alle critiche e alle obiezioni sollevate (o che potrebbero essere sollevate) dai membri di detta comunità ovvero da alcuni di essi; c) quando il provvedimento abbia uno scopo che non sia apertamente proibito dalla Costituzione o del tutto incoerente con i principi e valori da essa tutelati; d) quando il provvedimento sia congruo rispetto ai fini, costituzionalmente legittimi, che esso si prefigge».

⁸² *Ibidem*.

obiezioni di coscienza, ecc.) sono stati, e tuttora sono, contrassegnati da pesanti interventi e dall'esercizio di forti pressioni in forma diretta⁸³, inusuali nei vecchi conflitti (divorzio, aborto, ecc.), da parte delle autorità ecclesiastiche, le quali non rispettano il principio di indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa negli ordini loro propri (e il conseguente divieto di reciproche ingerenze), consacrato negli accordi di Villa Madama del 1984, nei quali, al primo articolo è presente un solenne impegno reciproco al «*pieno rispetto di tale principio*»⁸⁴. Quindi anche il Cattolicesimo, e tutte le religioni in generale, hanno dei limiti da rispettare nel loro intervento sulla scena pubblica⁸⁵.

In conclusione, è utile fare un esempio concreto ed emblematico della situazione attuale del principio di laicità osteggiato dal neo-confessionismo⁸⁶: durante la XIV legislatura viene presentato in Senato un disegno di legge da alcuni parlamentari, appartenenti al centro-destra, secondo il quale si vorrebbero introdurre degli obblighi di collocazione (in capo a funzionari pubblici) e dei divieti di rimozione (in capo a chiunque) del Crocifisso in tutte le sedi pubbliche, presidiando tali obblighi con sanzioni penali⁸⁷.

È nota una sentenza del TAR Veneto⁸⁸ che, sulle orme di un precedente parere del Consiglio di Stato⁸⁹, ha definito il crocifisso come simbolo storico-culturale espressione

⁸³ Si pensi alle pressioni fatte dalla Chiesa in occasione del referendum sulla l. 40/2004: grazie a quelle pressioni, non si raggiunse il quorum.

⁸⁴ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 5.

⁸⁵ Ad esempio, in materia di eutanasia, nel rispetto del principio della distinzione tra ordini, la Santa Sede potrebbe semplicemente “comandare” ai propri fedeli di non togliersi la vita per alcun motivo. In questo modo, i fedeli non commetterebbero peccati, e si lascerebbe libertà di coscienza agli “infedeli”. Invece, in una società post-secolarizzata, la religione, la quale per natura tende ad occupare ogni spazio possibile, vuole ottenere il riconoscimento dei propri principi all’interno della legislazione. Per fare questo però, in uno Stato laico, la religione deve supportare le proprie istanze con laiche e ragionevoli argomentazioni, altrimenti queste non dovrebbero essere accolte.

⁸⁶ Ulteriori esempi, potranno trovarsi nella parte speciale della tesi.

⁸⁷ DDL n. 1717 presentato in Senato il 19 Settembre 2002, e sostanzialmente ripresentato nella XIV legislatura DDL n. 1900 in Senato il 18 Novembre 2009, consultabili entrambi in www.senato.it; Cfr. D. PULITANÓ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 71 ss.; R. CONTE, *Proposte di modifiche costituzionali e principio di laicità dello Stato*, in *Questione Giustizia*, 2005, 301 ss. il quale si riferisce anche ad una proposta di legge costituzionale del 1993, che voleva inserire all’art. 8 della Costituzione la formula: «*La Repubblica si riconosce nei valori fondamentali del Cristianesimo, quale fonte della tradizione spirituale, sociale e culturale italiana*».

⁸⁸ TAR Veneto, Sentenza 17 Marzo 2005, n. 1110, in *Questione giustizia*, 2005, 858 ss.

⁸⁹ Consiglio di Stato, parere 27 aprile 1988, n. 63.

dell'identità del nostro paese, e quindi un simbolo laico in cui tutti possono riconoscersi. Questo principio è ciò che la proposta di legge vorrebbe sancire per legge (penale)⁹⁰.

Ora, da un «*discorso pasticciato*», in cui vengono espresse opinabili ricostruzioni della storia e dei significati del Crocifisso, peraltro molto ambiguo sul punto centrale della sua «*trasfigurazione in simbolo laico*», escono manipolati sia il valore religioso del simbolo, sia la libertà laica di tutti nella sua valutazione⁹¹. In altre parole, il legislatore, seguendo la giurisprudenza amministrativa, vorrebbe decidere autoritativamente cosa deve significare il Crocifisso, cosa deve rappresentare per ognuno, senza curarsi della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di coscienza dei singoli. Dopodiché, un simbolo (preteso essere) universale di dignità umana e di libertà, verrebbe coercitivamente imposto con un'occupazione (abusiva, poiché incostituzionale⁹²) di spazi pubblici: come per segnare un territorio conquistato⁹³.

Il Crocifisso è un forte simbolo, carico di storia e notevolmente complesso, per cui avrà un valore diverso per ognuno, esattamente come qualsiasi altro simbolo ideologicamente pregnante. Ma se anche tutti fossero d'accordo sul valore del simbolo, la sua imposizione in un contesto pubblico, e quindi in uno spazio che dovrebbe essere contrassegnato da laica neutralità ed equidistanza nei confronti di ogni confessione religiosa e ogni fedele, è inaccettabile per uno Stato laico.

Ma in fondo non è solo questione di neutralità degli spazi pubblici, bensì è una questione di rispetto, e di riconoscimento della pari dignità di tutti⁹⁴: solo perché si è in maggioranza non è possibile calpestare i diritti delle minoranze⁹⁵. Il Crocifisso infatti, per un non

⁹⁰ «Art. 1 (Principi): Il Crocifisso, emblema di valore universale della civiltà e della cultura cristiana, è riconosciuto quale elemento essenziale, costitutivo e perciò irrinunciabile del patrimonio storico, civile e culturale dell'Italia, indipendentemente da una specifica confessione religiosa».

⁹¹ D. PULITANÓ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 71; Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Il crocifisso afferma la laicità, ma il giudice la nega*, in www.olir.it, 2006, 6 il quale parla di «*profanazione dell'intimo significato religioso del simbolo*». Gli stessi rilievi possono essere fatti alla sentenza del Consiglio di Stato, del 13 Febbraio 2006, n. 556, che ha confermato in appello la sentenza del TAR Veneto.

⁹² Necessario rilevare che dottrina, giurisprudenza interna e della Corte EDU, sul punto non sono unanimi. Inoltre la Corte Costituzionale non è mai potuta intervenire sulla questione dell'affissione dei crocifissi negli spazi pubblici, poiché questa è disposta da regolamenti e Regi Decreti risalenti agli anni '20 del secolo scorso e mai abrogati.

⁹³ D. PULITANÓ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 72.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ DDL 1900: «*Rispettare le minoranze non vuole dire rinunciare, delegittimare o cambiare i simboli e i valori che sono parte integrante della nostra storia, della cultura e delle tradizioni del nostro Paese*». È tipico dei partiti di destra esaltare il valore della maggioranza parlamentare: come se chi avesse la maggioranza potesse permettersi qualsiasi legge.

credente o per un diversamente credente, non rappresenta il simbolo della sua identità, egli non si riconosce in esso, e nemmeno è il simbolo della sua nazione o della sua cultura⁹⁶.

Per accorgersi della stranezza della situazione italiana, basti pensare ad un'aula di tribunale: a grandi lettere, dietro i giudici, si trova generalmente scritto «*LA LEGGE È UGUALE PER TUTTI*» e, nello stesso spazio visivo, vi è anche (di solito) un Crocifisso, con il risultato che vi è una lampante e notevole contraddizione: come è possibile essere tutti uguali, se già lo Stato indica esplicitamente la propria preferenza per una determinata confessione religiosa e di conseguenza per i suoi fedeli?

Le motivazioni conservatrici, identitarie, neo-confessioniste e quindi anti-laiche che stanno dietro a questa proposta di legge sono evidenti. Di fronte ad un mondo sempre più multiculturale e pluralista, alcuni vorrebbero erigere 'muri culturali' (e non solo), trincerandosi nei propri angusti anfratti culturali, reagendo al 'diverso' e al 'nuovo', con l'ostentazione di simboli della propria (presunta) cultura. Di fronte alla vastità concettuale della laicità e alle sue difficoltà applicative soprattutto in una società complessa e post-secolarizzata, si reagisce dapprima enunciando il principio, poi tentando di operarne una «*ridefinizione ideologica*»⁹⁷, di fatto negandolo, sintomo di una colposa (o dolosa) incomprensione del principio di laicità⁹⁸.

*«Sia pure solo sul piano dei simboli, con arroganza imbelli, le pretese d'imposizione coattiva toccano le condizioni del 'pactum societatis', vale a dire le condizioni del rispetto reciproco e dell'uguaglianza»*⁹⁹.

⁹⁶ A testimonianza della variabilità delle considerazioni proponibili sul crocifisso, basti pensare che sotto al simbolo del crocifisso sono state commesse immani atrocità nella storia dell'umanità: dai roghi degli eretici (anche di streghe, omosessuali ecc.), alle crociate ed alle guerre civili fino al '600. Insomma, il Crocifisso non ha un significato univoco e uguale per tutti: basti pensare che prima del Cristianesimo la croce era uno strumento di tortura.

⁹⁷ Parla di «*ridefinizione ideologica dei contenuti giuridici del principio di laicità*», V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, cit. (nota 66), 15; Allo stesso modo ne parla E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1021 ss.

⁹⁸ Il principio di laicità viene infatti enunciato nelle premesse al DDL 1900, consultabili in www.senato.it.

⁹⁹ D. PULITANO', *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 73.

Si segnala, per curiosità, l'interessante DDL proposto dal Senatore e costituzionalista Stefano Ceccanti¹⁰⁰, il quale, sulle orme delle scelte praticate in Baviera¹⁰¹, vorrebbe permettere alla singola scuola e alla singola classe di organizzarsi autonomamente per quanto riguarda i simboli religiosi, e in caso di conflitti ci sarebbe la possibilità di rivolgersi al preside per una decisione amichevole e che tenga laicamente in considerazione la pari dignità di tutti¹⁰².

¹⁰⁰ DDL 1947 presentato in Senato nella XVI legislatura.

¹⁰¹ Ci si riferisce alla legge bavarese sull'educazione e l'istruzione pubblica, '*Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG)*', approvata il 23 dicembre 1995 dal Parlamento del Land Baviera ed entrata in vigore il 1° gennaio 1996.

¹⁰² Proposta molto apprezzata dai maggiori costituzionalisti italiani: AA.VV., *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Giappichelli, 2004.

CAPITOLO II IL PRINCIPIO DI LAICITÀ NEL DIRITTO PENALE

1. La fondazione su base laica del diritto penale

Cominciando l'analisi a partire dal momento genetico del diritto penale, premettendo che esso necessita sempre di un fondamento legittimante¹⁰³, la dottrina¹⁰⁴ ha individuato, a livello storico, due *'idealtipi essenziali'* per la fondazione di un sistema penale positivo:

- a) *'Idealtipo teocratico'*¹⁰⁵, la cui norma fondamentale è «*il dogma della derivazione divina dello stato e del suo ordinamento, cosicché quest'ultimo diveniva in pratica un peccato da reprimere con la pena*»¹⁰⁶;
- b) *'Idealtipo laico'*, teorizzato per primo da Grozio, e la cui *'Grundnorm'* è «*la fondazione antropologica dello Stato e la derivazione del diritto dalla ragione dell'uomo*»¹⁰⁷.

Da premesse antitetiche si giunge a conseguenze altrettanto opposte: se per la teocrazia, è superflua sia la determinazione preventiva di ciò che è illecito, sia l'individuazione di fonti del diritto umane in quanto il testo sacro è già di per sé fonte del diritto, per il sistema penale laico è indispensabile poiché, dal momento che la società è fondata da uomini e per gli uomini, ciò che è proibito è necessario che sia stabilito preventivamente, chiaramente e da chi ha l'autorità per farlo, come per le obbligazioni contrattuali; se per la teocrazia, la pena è una punizione simbolica e finalizzata a placare la divinità offesa dal delitto, e quindi avulsa da logiche di proporzionalità, per l'idealtipo laico, la pena ha degli scopi immanenti e quindi è limitata intrinsecamente dal suo fine, e cioè da una concreta utilità; se per la teocrazia, non esistono limiti al campo d'azione del diritto penale, fino a impossessarsi del campo dei pensieri, degli stili di vita, e non c'è nemmeno bisogno di poter provare sul piano logico-empirico tali reati, per un diritto penale laico,

¹⁰³ C. E. PALIERO, *Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale*, in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 157 ss.

¹⁰⁴ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit. (nota 23).

¹⁰⁵ Per un'interessante analisi degli elementi teocratici presenti negli ordinamenti attuali, v. *'Teocrazia'* in www.wikipedia.org.

¹⁰⁶ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit. 43 (nota 23).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

come si è visto, solo un'azione esterna dannosa a terzi e che può essere provata in un processo può assurgere al rango di reato, altrimenti resta una condotta tutt'al più sanzionabile moralmente¹⁰⁸.

In quanto idealtipi, modelli essenziali di legittimazione del diritto penale che si sono succeduti a livello storico, non hanno mai avuto una concretizzazione positiva assoluta, salvo forse per il modello teocratico alle sue origini e i sistemi moderni islamici-fondamentalisti¹⁰⁹. Dunque, i sistemi penali moderni sono (quasi) tutti degli ibridi che, a seguito della secolarizzazione, si sono spostati in larga misura verso il paradigma laico, non approdando mai ad una perfetta corrispondenza con tale idealtipo¹¹⁰.

Quindi, la prima conclusione a cui qui si perviene, è che il diritto penale italiano attuale, a seguito della secolarizzazione di cui al capitolo precedente, vista anche l'elaborazione da parte della giurisprudenza costituzionale del principio supremo di laicità, desunto dai principi fondamentali presenti nella nostra carta costituzionale, ha un fondamento laico e non teocratico.

Si precisa che nonostante il termine 'Teocrazia', derivando da *'theós'* che significa 'Dio', possa far pensare unicamente alle religioni, in questa sede, per teocrazia s'intende anche qualsiasi ideologia, etica, morale, posta a fondamento legittimante di uno Stato, assoluta e svincolata da una verifica logica, empirica e razionale.

Il principio di laicità, si noti, è frutto di una scelta politica fondamentale: il fatto che lo Stato italiano repubblicano, non sia uno Stato confessionale o uno Stato etico, ma abbia deciso di essere uno Stato laico, produce come conseguenza la laicità del diritto penale¹¹¹. Scelta politica antecedente alla formazione di norme giuridiche, quindi *pre-giuridica*¹¹².

I costituenti italiani, al contrario di quelli francesi ad esempio, non hanno inserito il principio supremo di laicità in Costituzione, e proprio per questo è possibile definire, come meglio si dirà, la laicità come un principio esterno all'ordinamento, che orienta e legittima *'ab externo'* il sistema penale: un *meta-principio*, che si colloca al di sopra degli

¹⁰⁸ C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2016, 1155-1156.

¹⁰⁹ C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., 1156.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 168.

¹¹² C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., 1160.

altri principi del diritto penale e al di fuori del sistema¹¹³. Infatti, non vi è stato bisogno di inserire il principio di laicità in Costituzione, proprio perché esso è un pre-dato al sistema.

Tale *meta-principio pre-normativo* non è assoluto, come il suo corrispondente teocratico, ma è relativo, nel senso di correlato all'obiettivo secolare-immanente del benessere sociale. Si tornerà su questo punto nel quarto paragrafo quando si tratterà della funzione della pena.

2. Definizione e contenuto del principio di laicità

Il problema della polisemia della laicità, incontrato fin dall'inizio di questo elaborato, si ripresenta inevitabilmente anche in questa sede, nell'affrontare i diversi significati che la dottrina penalistica ha attribuito al principio di laicità¹¹⁴.

Nella sua accezione più ampia, laicità del diritto penale significa che «*l'edificio giuridico-penale*» è separato dalla religione, dalla morale e dalle ideologie in quanto, sorreggendosi su principi propri, si ispira a valori mondani, terreni e non trascendenti¹¹⁵: *laicità come autonomia* della valutazione giuridica rispetto alla religione e alla morale¹¹⁶ e *laicità come*

¹¹³ *Ibidem*; Cfr. per approfondimenti S. LARICCIA, *La laicità della Repubblica italiana*, cit. (nota 59).

¹¹⁴ La letteratura in tema di laicità e diritto penale si presenta oggi particolarmente vasta: cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, A. BERISTAIN, *La dimensión religiosa en la filosofía de la política criminal (El derecho penal del homo pius)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1397 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 139 ss.; G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 1 ss.; E. DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale. La Chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1017 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in AA.VV., *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007, 163 ss.; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 167 ss.; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il "potenziale di verità" nelle democrazie liberali*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari – L. Stortoni, op. cit. (nota 22), 349 ss.; R. MAZZOLA, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1309 ss.; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit. (nota 23); F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quad. costituz.*, 2010, 437 ss.; C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1154 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 281 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit. (nota 22), 477 ss.; ID, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., 209 ss.; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 309 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 18 ss.

¹¹⁵ V. nota 11

¹¹⁶ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 169.

*immanenza*¹¹⁷. In questo senso, si comprenderà perché i settori in cui è maggiormente coinvolto il principio di laicità sono proprio quelli in cui le religioni e le varie concezioni etiche fanno delle proprie valutazioni: è in particolar modo in questi casi che il legislatore deve dare conto della propria autonomia nelle valutazioni giuridiche.

La separazione tra diritto e morale, tra la legge dello Stato e la religione, ben riassunta dalla massima evangelica «*Date a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio*», non vuol dire che le autorità religiose non hanno il diritto di esprimere il loro pensiero sulle questioni giuridiche più rilevanti, oppure che il diritto, e quello penale in particolar modo, non debba avere contenuti etici quanto più socialmente condivisi. Quello che si vuole esprimere sono due significati diversi, dai quali nascono due principi cardine della civiltà giuridica moderna: il principio di legalità e il principio di offensività. Si comprende dunque perché il principio di laicità sia nato proprio nel diritto penale: i principi di legalità e offensività, elaborati nella cultura illuministica, altro non sono che due corollari del principio della separazione tra diritto e morale¹¹⁸. Il principio di laicità infatti, in un primo significato, serve ad indicare le reciproche autonomie: il diritto non è ciò che è considerato “giusto” o ciò che è conforme a una determinata morale o ideologia, ma «*solo ciò la cui predeterminazione convenzionale è affidata al legislatore, a garanzia della certezza e dell’uguaglianza davanti alla legge, della libertà dall’arbitrio morale*»¹¹⁹. Inversamente, le morali, le culture e le religioni, non si basano sul diritto e cioè su norme eteronome, ma si fondano sulle coscienze individuali e sui loro valori di riferimento¹²⁰. Quindi, in altre parole, ‘diritto’ è solo ciò che viene individuato come vincolante dal legislatore, attraverso il procedimento legislativo: «*il principio di legalità come norma di riconoscimento del diritto esistente*»¹²¹. In un secondo significato, il diritto non incarna valori morali, non può affermare o sostenere una morale o un’ideologia o una religione, introducendosi nella vita privata dei cittadini (*laicità come anti-paternalismo*)¹²².

¹¹⁷ *Immanenza* o *mondanità*, cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140; C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1163. Il principio di laicità come immanenza verrà presto ripreso (p. 33).

¹¹⁸ L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, cit. (nota 22), 132.

¹¹⁹ L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, cit. (nota 22), 124.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*; nello stesso senso v. F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, cit. (nota 114), 439.

¹²² Cfr. L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, cit. (nota 22), 125; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141.

Compito dello Stato invece, è quello di garantire la pacifica convivenza e il rispetto dei diritti fondamentali. Infatti, il diritto penale si legittima unicamente attraverso la tutela dei beni giuridici: *principio di offensività*.

In questa neutralità ideologica e morale risiede il significato primario della laicità del diritto penale.

Proprio il riconoscimento della pluralità delle ideologie (termine con cui da ora in poi s'intenderanno, salvo specificazioni, anche le concezioni etiche, religiose e morali), impone da un lato, che vi sia una sola legge uguale per tutti per evitare il pericolo dell'arbitrio a garanzia dell'uguaglianza di ognuno, e dall'altro lato, si esclude che ciascuno possa modellare il diritto a proprio piacimento in base ai propri punti di vista ideologici, e pertanto si prescrivono le ulteriori garanzie dei principi di materialità e offensività: solo azioni predeterminate per legge, esterne, e che cagionino danni a terzi sono punibili¹²³. Solo con un diritto laico, che eviti le discriminazioni e i privilegi accordati in base al gruppo sociale di appartenenza del soggetto, si può garantire effettivamente l'uguaglianza, la libertà e il rispetto di tutti.

Laicità come 'autonomia' (o 'aconfessionalità') è, recuperando il concetto del primo capitolo, una 'laicità debole', detta anche 'procedurale' o 'metodologica', che prevede l'utilizzo di un metodo razionale e laico per compiere le proprie valutazioni giuridiche¹²⁴.

Interessante notare che la Consulta è intervenuta nel 2014 in tema di fecondazione eterologa (tematica etica), dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma che la vietava (limitatamente ai casi di coppie eterosessuali, conviventi o coniugate, sterili o infertili), proprio utilizzando la laicità come metodo: tale divieto, fondato unicamente in base ad una visione etica della famiglia, ed espressivo di un'opzione morale, fatto passare nelle griglie laiche del principio di uguaglianza ('coerenza interna') e della ragionevolezza ('giusto mezzo per giusto scopo'), non ha superato il vaglio di legittimità costituzionale¹²⁵. Però, come si può notare, la Corte non ha usato fino in fondo i criteri razionali del metodo laico, altrimenti sarebbe dovuta arrivare ad eliminare le irragionevoli discriminazioni tra famiglie eterosessuali e omosessuali compiute dalla legge 40/2004.

¹²³ L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, cit. (nota 22), 126.

¹²⁴ C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1163.

¹²⁵ Corte Cost., Sentenza 10 Giugno 2014, n. 164.

Su quest'ultimo tema si tornerà nell'ultimo capitolo, ma già si comprende perché la dottrina maggioritaria sostiene che il principio di laicità «*non sembra in grado di esibire uno statuto concettuale e normativo capace di vincolare costituzionalmente il legislatore penale (a parte forse in materia di delitti contro la religione)*»¹²⁶. Ma sulla vincolatività del principio di laicità si tornerà al termine del presente capitolo.

Dunque, la laicità come metodo impone un procedimento di analisi razionale al legislatore e non un'indifferenza ai valori: in caso non si usasse il metodo laico, interverrebbe (*melius*: potrebbe, forse, intervenire) nuovamente la Consulta.

Come già visto nel capitolo precedente, fra i contenuti del principio supremo di laicità dello Stato, la Corte costituzionale ha enucleato anche quello di 'equidistanza da ogni ideologia': non solo il diritto è separato dalle ideologie, ma è anche *equidistante* e imparziale nei loro confronti, e garantisce pari protezione della libertà di coscienza di ognuno a prescindere dall'adesione ad una determinata ideologia¹²⁷. Una laicità inclusiva che permette e incoraggia il dialogo pubblico tra ideologie, ma che non consente loro di mantenere ostilità preconcrete¹²⁸.

Quanto detto finora, tuttavia non risolve il problema dei contenuti del diritto penale. Il principio di laicità, oltre ad avere una funzione fondante per il diritto penale, ha anche una funzione limitante: la laicità come '*autonomia*', in funzione limitante, significa che il legislatore non può criminalizzare una condotta, solo perché ciò è richiesto da un'ideologia, e la laicità come '*equidistanza*', non permette neppure di fornire tutele sperequate in ragione di privilegi confessionali *et similia*¹²⁹.

Un altro importante significato del principio di laicità, che *en passant* si è già citato, è quello di '*immanenza*' o '*mondanità*'. Sintetizzando, in funzione fondante esso rimanda alla formazione pluralistica e secolarizzata del nostro ordinamento, e ciò inevitabilmente si ripercuote sullo scopo del diritto penale, che non potrà essere quello di imporre imperativi categorici di matrice etica o trascendente, bensì dovrà essere quello laico e terreno di prevenire atti dannosi per la società: «*Lo Stato non è un'istituzione deputata alla promozione della moralità*» diceva Schopenhauer; in funzione limitante, esso orienta

¹²⁶ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, cit. (nota 114), 438.

¹²⁷ D. PULITANO, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 55 ss.

¹²⁸ M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, (nota 37), 497.

¹²⁹ C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1163 ss.

ad una razionalità delle scelte di criminalizzazione, le quali devono rientrare nel perimetro della razionalità-utilità della pena: non può assurgere a bene giuridico la semplice immoralità, inesteticità, asocialità o irreligiosità, in quanto il diritto penale si ispira a valori mondani¹³⁰.

Riassumendo, il principio di laicità si oppone con forza alla facoltà di criminalizzare condotte che non costituiscono danni a terzi, solo perché indesiderate in quanto contrarie a un'ideologia, e vieta al legislatore di promuovere un'ideologia, coartando la libera opinione e il diritto all'autodeterminazione.

‘In negativo’, il principio di laicità frena la criminalizzazione dell’immoralità; ‘in positivo’, ancora inscindibilmente la “penalità legittima” alla *meritevolezza della pena*¹³¹: sia in senso soggettivo (rispetto del principio di colpevolezza) che in senso oggettivo (rispetto della funzione del bene giuridico)¹³².

2.1 Laicità come garanzia del pluralismo

La laicità che si evince dalla Costituzione italiana non si identifica con l’ideologia del rifiuto aprioristico di qualsiasi opinione religiosa o morale, o della neutralizzazione di chi ne è portatore: tale ideologia da ‘Stato ateo’, sarebbe piuttosto da considerare un ritorno allo Stato confessionale¹³³. Ad esempio, in tempi recenti si è discusso a lungo in tema di velo indossato in pubblico da ragazze musulmane e con pluralità di opinioni: non consentirlo sarebbe espressione della pretesa statuale ‘tirannico-iconoclasta’, di poter stabilire quali siano i simboli pericolosi e da vietare, violando in questo modo la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla differenza¹³⁴.

Né la laicità va intesa come una concezione globale della realtà che vede contrapporsi, senza possibilità di mediazioni, i due universi delle cose mondane e terrene *versus* ciò

¹³⁰ *Ibidem*; Cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140.

¹³¹ Sui concetti di ‘Meritevolezza/Bisogno di pena’, v. D. TONON, *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli ‘istituti della punibilità’*, Giappichelli, 2014, 158 ss.

¹³² C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1164.

¹³³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 160.

¹³⁴ Cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 161; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, cit. (nota 114), 438.

che appartiene alla sfera religiosa o morale: uno scontro inevitabilmente confinato alla dimensione delle scelte individuali¹³⁵.

Invece la laicità italiana, in conformità agli altri principi costituzionali, intende garantire e implementare il maggior numero di interessi: laicità come ‘*garanzia del pluralismo*’¹³⁶. Partendo dal presupposto che il pluralismo rappresenta un valore da difendere anziché un fattore di disgregazione sociale, lo Stato edifica un ordinamento nel quale tutti possono liberamente esprimersi, con il solo limite del ‘non ledere’ i diritti di terzi: di fronte ad opinioni eterodosse (si pensi alle assurdità negazioniste o revisioniste dell’olocausto) un ordinamento autenticamente laico usa gli strumenti del dialogo, spesso più efficaci della coercizione penale, che va usata sempre come *extrema ratio*¹³⁷.

In una società sempre più multiculturale, un modello anti-laico che prediliga solo un certo tipo di opinioni o solo quelle che provengano da un certo gruppo, sarebbe anacronistico e da regime totalitario. Per il benessere sociale invece, garantire il pluralismo è fondamentale: soltanto in questo modo la società può svilupparsi, evolversi e convivere pacificamente nonostante le diversità. Il diritto penale può fare la sua parte in questo periodo turbolento, segnato da ondate migratorie per il nostro paese senza precedenti, trattando lo straniero che abbia delinquito non come un nemico, ma cercando di comprendere le motivazioni che hanno spinto al reato, e magari non punire quei reati bagatellari, spinti dal fattore culturale¹³⁸. Ovviamente l’auspicio è che il rispetto per la cultura dell’altro, sia reciproco.

Quindi, in generale, una moderna società laica deve garantire la libera espressione della personalità e delle opinioni nella scena pubblica, a condizione che non siano prevaricanti. Tuttavia, nei casi in cui il legislatore dovrà prendere delle decisioni, a garanzia del pluralismo e del principio di laicità, sarà fondamentale prediligere le opzioni che siano accettabili non solo dai membri di un determinato gruppo, bensì quelle che siano espressione del maggior numero di interessi: la democrazia non si esaurisce nel ‘*metodo democratico*’¹³⁹. Ad esempio, in una società come la nostra fondata sul principio di

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 162.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Si rinvia per i riferimenti bibliografici e gli opportuni approfondimenti, al paragrafo di parte speciale relativo al multiculturalismo.

¹³⁹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 162.

uguaglianza e su quello solidaristico, non sarà possibile prendere decisioni senza tenere in considerazione le situazioni di fragilità e debolezza in cui versano le persone disabili e malate.

Come già detto nel capitolo precedente, sarà fondamentale, per garantire il pluralismo e l'uguaglianza di tutti, altresì che le scelte del legislatore siano sempre argomentabili in base a criteri di razionalità laica.

Dunque, vista dinamicamente, la laicità è un principio cardine del nostro ordinamento, che tutela l'eterodossia dialogica tra interessi, valori e ideologie nello spazio pubblico, e che impone, nei casi in cui si deve prendere una decisione, di contemperare il maggior numero di interessi e valori, ricordando che alcuni sono preminenti rispetto ad altri, e che il risultato dovrà essere sempre razionalmente argomentabile in termini laici¹⁴⁰.

Come è stato detto, *«l'argomentazione della Corte sembra cogliere, nella sanzione costituzionale del principio pluralistico, il fondamento e la forma attuali del principio di laicità»*¹⁴¹: un pluralismo inteso non solo come presupposto, ma come obiettivo stesso della democrazia.

2.2 Modelli di diritto penale contrastanti con il principio di laicità

Proseguendo, esistono alcune “varianti” del diritto penale, che si pongono in contrasto con un principio di laicità correttamente inteso: è qui opportuno indicarle in modo da specificare maggiormente e ‘in negativo’ il principio di laicità.

Non entrare nelle scelte personali dell'individuo per fini di indottrinamento o di moralizzazione dei cittadini, delimitando una sfera personale a cui il diritto penale e lo Stato non hanno accesso, come si è visto, è una caratteristica tipica di un sistema penale laico e contrassegna quello che è stato definito dalla dottrina *‘il diritto penale del cittadino’*¹⁴². Tale modello di diritto penale, prima ancora che essere limitativo delle libertà, è un *‘diritto penale della libertà’*, e cioè esso tenta continuamente di equilibrare tutti gli interessi in gioco: quelli della vittima e quelli del reo, quelli della società che deve

¹⁴⁰ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 163.

¹⁴¹ L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul «principio supremo» di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, in *Dir. eccl.*, I, 1992, 86 ss., spec. 94.

¹⁴² S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141.

essere difesa in opposizione alla libertà individuale¹⁴³. Un bilanciamento di interessi volto in primo luogo alla tutela, su un piano di uguaglianza, dei diritti fondamentali della persona umana, nella sua dimensione individuale e sociale, dei beni individuali patrimoniali e dei beni ultra-individuali (familiari, collettivi, ecc.), contro le aggressioni da parte di chiunque; in secondo luogo il diritto penale funge da «*strumento di propulsione*» per l'osservanza dei primari doveri individuali di solidarietà, sempre che tali doveri non costituiscano intollerabili limitazioni alla libertà individuale, comportando con degli obblighi di *facere*, più gravose interferenze su tale libertà¹⁴⁴.

Tuttavia, siffatto ideale di diritto penale non trova un puntuale riscontro nella realtà storica: lo *ius puniendi* viene pesantemente condizionato dalle componenti socio-economico-culturali dei diversi tipi di società che si succedono storicamente, e non è quindi che uno dei tanti aspetti della storia dell'umanità: «*ne riflette le ingiustizie così come ne registra i progressi verso più dignitose ed umane forme di vita sociale*»¹⁴⁵. Dunque il diritto penale, se da un lato intende svolgere le funzioni anzidette, dall'altro troppo spesso ha svolto, e continua a svolgere, anche funzioni di oppressione, di conservazione e di discriminazione: di "*diritto penale del nemico*" e di "*diritto penale dell'amico*", mentre per un diritto penale laico e civile dovrebbero esistere solo "*innocenti*" e "*colpevoli*", senza ulteriori differenziazioni¹⁴⁶.

Il '*diritto penale del nemico*', è (ri)emerso in dottrina negli ultimi decenni, per merito del noto penalista tedesco Günther Jakobs, al fine di giustificare le azioni americane nei confronti dei terroristi islamici¹⁴⁷: accanto al diritto penale liberale classico valido per tutti, vi sarebbe un altro diritto penale, valido invece soltanto per i "nemici". Jakobs inventa la nuova categoria di "non-persone" per le quali non esisterebbero diritti e garanzie¹⁴⁸. Il nemico è innanzitutto un delinquente, il quale già di per sé è portatore dello

¹⁴³ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, 470

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 471.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ G. FABINI, *Migranti e polizia, tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2011, cap. 2. Presentata per la prima volta da Jakobs nel 1985, nella Relazione alle Giornate dei Penalisti tedeschi a Francoforte, per poi essere ripresa con più convinzione, dal medesimo autore, nella Relazione al Congresso di Berlino nel 1999 su «*La Scienza del Diritto penale alle soglie del nuovo millennio*».

¹⁴⁸ *Ibidem*.

stigma della colpevolezza, ma si tratta in realtà di un particolare tipo di delinquente: il nemico è infatti, un soggetto che non è più rieducabile, non lo si può più far rientrare nella “normalità”, e dal quale ci si deve difendere tramite la neutralizzazione, e in questi casi, afferma Jakobs, «*si deve procedere prima del fatto delittuoso o in aggiunta rispetto alla pena, approntando un apparato di sicurezza*»¹⁴⁹. Il delinquente “normale” contraddice la norma giuridica ma non la nega, e quindi è ancora rieducabile e per questo reintegrabile nel patto sociale, mentre il ‘delinquente-nemico’ invece, è una minaccia per la società, sia per i suoi membri fisici, sia per la stabilità e vigenza del suo ordinamento, poiché mette in crisi la vigenza delle norme e il rinforzo etico-cognitivo rispetto alle stesse, all'interno della collettività¹⁵⁰. Pertanto, abbandonati i “buoni propositi” di trattare come persona il delinquente-nemico, ormai privato di ogni diritto o garanzia, dato che viene considerato come esterno e ostile all’ordinamento, diviene applicabile un diritto penale "eccezionale", che ha caratteristiche peculiari, proprio per il suo essere strumento di guerra dello Stato nei confronti dei suoi “nemici”. Un diritto penale, quindi, che guarda al futuro, per neutralizzare la pericolosità del nemico. Le peculiarità di tale modello di diritto penale sono a grandi linee queste:

- Per quanto riguarda il *fatto*, vi è un'anticipazione della tutela tramite le categorie dei delitti di attentato, di pericolo indiretto o presunto, dei delitti di associazione e a dolo specifico (il cui disvalore si consuma già nella finalità propostasi dall'agente), ma si può affermare, più in generale, che vi è un disinteresse per il fatto da parte dello Stato, ed un orientamento alla neutralizzazione del ‘*soggetto pericoloso*’;
- La *colpevolezza* è sostituita dalla pericolosità;
- La *sanzione penale* tende ad essere sproporzionata, priva di intento rieducativo e diretta alla neutralizzazione del reo;

¹⁴⁹ A. GAMBERINI – R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, 2007, 120.

¹⁵⁰ G. FABINI, *Migranti e polizia. Tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, cit. (nota 147), cap. 2.

- Sotto il *profilo processuale*, vi possono essere alterazioni in materia di perquisizioni, sequestri, intercettazioni, misure cautelari personali, di garanzie probatorie, in accelerazioni dei tempi processuali;
- Sotto il *profilo penitenziario*, non vengono applicate misure riduttive o alternative di detenzione, e il reo è sottoposto a regime di sorveglianza speciale;
- Sotto il *profilo preventivo*, vi è un'applicazione massiccia di misure di prevenzione, personali e patrimoniali¹⁵¹.

I settori connaturali al diritto penale del nemico, sono quelli della criminalità mafiosa, organizzata e terroristica, ma si possono rinvenire 'tracce' di tale modello anche nella disciplina dei reati di pedofilia, pedopornografia, di incriminazione del negazionismo, violenze sessuali, ecc¹⁵².

Anche il '*diritto penale dell'amico*' deroga al diritto penale 'del cittadino', ma in senso opposto alle deroghe del diritto penale 'del nemico', in quanto è diretto a conferire privilegi a determinati autori di reati, con violazione palese e irragionevole del principio di uguaglianza¹⁵³. Nei moderni Stati di diritto, «*un tradizionale sistema di privilegi "amicali" concerne la "criminalità dei colletti bianchi", costituita da azioni commesse nell'ambito di attività socialmente qualificate, produttive, professionali, da parte di "autori", persone socialmente rispettate, appartenenti a classi socio-economiche elevate ed associate al potere, beneficianti di particolari immunità, perché le loro azioni o non sono criminalizzate o, se criminalizzate, i loro autori sono raramente identificabili, denunciati, processati e condannati e, ancor più eccezionalmente, incarcerati*»¹⁵⁴. Ma il diritto penale dell'amico, si nasconde anche in quelle leggi che, mascherate in generali e astratte, favoriscono una corporazione, o che sono vistosamente *ad personam*: fenomeno che, come è noto, nel nostro Paese ha recentemente assunto aspetti preoccupanti¹⁵⁵.

¹⁵¹ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 471-472.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141.

¹⁵⁴ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 482.

¹⁵⁵ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 483 ss.

Entrambi i modelli da ultimo citati, sono caratterizzati da forme più o meno dichiarate di ‘paternalismo’: un modello di diritto penale che si prefigge il compito di moralizzare, indottrinare i cittadini, considerati come sudditi da comandare, come figli da educare, come incapaci da tutelare¹⁵⁶. In sintesi, il paternalismo è allora «*quella tendenza autoritaria 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 incapace*»¹⁵⁷.

Invece, la laicità è nata proprio negando il sistema dei privilegi dell’*’ancien régime’*, basati su presupposti di ordine sovrastatuale o teocratico: si nega che il diritto possa essere fondato su *status* differenziati (nobiltà, clero ecc.), e si afferma che esso deve basarsi sul principio di uguaglianza: sullo *status* unico di ‘cittadino’¹⁵⁸.

Insomma, una concezione laica di diritto penale, non può che essere in antitesi all’idea paternalistica di Stato tutore della moralità dei cittadini: non è suo compito interferire nei modi di pensare e nei modi di essere. I pensatori illuministi partirono proprio da questo per avanzare l’attacco a quei legislatori che ancora a settecento inoltrato punivano la stregoneria, i vizi, gli atti sessuali c.d. ‘*contro natura*’, ecc¹⁵⁹.

È bene puntualizzare che il paternalismo non è un relitto del passato ma anzi una tendenza perennemente attuale, non solo perché esistono ad oggi sistemi penali paternalisti¹⁶⁰, ma soprattutto perché in ogni momento è possibile che un legislatore ceda alla facile tentazione di far coincidere il proprio personale sistema di valori (che spesso è anche quello della maggioranza) con quello dello Stato. In alcuni casi, l’intromissione del diritto penale nella sfera privata del soggetto è giustificata e resa doverosa dall’incapacità di questi a prendere decisioni. Ad esempio, in Italia, l’art. 609 *quater* c.p. proibisce che

¹⁵⁶ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141. Cfr. Sul tema del paternalismo, con varie opinioni, *ex multis* A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto Penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca – G. Francolini, Giappichelli, 2008, 83 ss.; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, *ivi*, 43 ss.; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing Care. Spunti in tema di paternalismo penale*, *ivi*, 239 ss.; D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, *ivi*, 275 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, *ivi*, 313 ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 171.

¹⁶⁰ Basti pensare alla Corea del Nord, oppure agli Stati Islamici o, in generale, a qualsiasi Stato Totalitario.

avvengano rapporti sessuali consenzienti fra persone adulte e minori di anni 14¹⁶¹. Lo Stato s' inserisce nella sfera di autonomia personale di alcuni soggetti, e volendoli tutelare vieta loro (indirettamente, visto che il soggetto direttamente colpito dalla norma è l'adulto e non il minore) alcuni tipi di comportamenti che potrebbero danneggiarli.

Nell'opera *'The Moral Limits of Criminal Law'*, Joel Feinberg, filosofo del diritto recentemente scomparso, analizza il paternalismo e lo suddivide in *'hard'* e *'soft'*: secondo il primo, è ammissibile l'incriminazione penale anche quando la scelta dell'individuo di auto-danneggiarsi è assolutamente volontaria, mentre per il secondo soltanto quando la condotta di auto-danneggiamento sia sostanzialmente involontaria. Il filosofo americano osserva che mentre l'*'hard paternalism'* non può essere accettato nei moderni sistemi penali liberali, il *'soft paternalism'* può esserlo proprio perché vi è sostanziale involontarietà¹⁶². Ad esempio, continuando a percorrere la teorizzazione di tale filosofo su cui la dottrina penalistica ha molto dibattuto, la criminalizzazione di condotte come l'uso di droghe pesanti può essere giustificata in un'ottica di *'paternalismo morbido'*, visto che la tossico-dipendenza che notoriamente tali sostanze causano, tramuterebbe la volontarietà delle condotte dei consumatori di droghe in sostanziale involontarietà¹⁶³.

In conclusione di paragrafo, accanto a modelli confessionali e teocratici di diritto penale dichiaratamente contrari al principio di laicità, esistono tipologie di diritto penale ispirate al paternalismo, che per i privilegi forniti ad alcuni soggetti, o per le discriminazioni operate nei confronti di altri si distanziano dal diritto penale laico, il quale si caratterizza per la garanzia di sfere individuali di libertà uguali per ognuno: la storia del principio di laicità è caratterizzata proprio dalla definizione e limitazione della libertà individuale, nonché dalla individuazione dei diritti e doveri correlati allo *'status di cittadino'*¹⁶⁴.

¹⁶¹ Suscita perplessità (qui, come in tutta la materia della tutela dei minori) il tracciamento di linee in base ad età prefissate uguali per tutti, così A. CADOPPI *Liberalismo, Paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari – L. Stortoni, op. cit. (nota 22), 303 ss.

¹⁶² A. CADOPPI, *Liberalismo, Paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., 294 ss.

¹⁶³ A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *Dreamin' California*, in *Riv. Trimestrale DPC* 3/2016, in www.penalecontemporaneo.it, 212.

¹⁶⁴ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141-142.

3. Principio di laicità e struttura del rimprovero penale

In base a quanto detto finora, un diritto penale laico è definibile come ‘*un diritto penale del fatto*’, in opposizione ad un ‘*diritto penale d’autore*’ (‘*Tatertyp*’¹⁶⁵) che, quindi, non ceda alle logiche dell’ ‘*amico*’ o del ‘*nemico*’, e che si disinteressi agli atteggiamenti interiori, rilevando esclusivamente i fatti commessi, predeterminati come reati e lesivi di beni giuridici¹⁶⁶.

In primo luogo quindi, attraverso la secolarizzazione del diritto penale, nasce il c.d. ‘*principio di materialità*’: principio cardine per un ordinamento moderno, anche espresso con il brocardo ‘*cogitationis poenam nemo patitur*’¹⁶⁷. «*Il diritto penale, in quanto laico non può censurare il foro interno della coscienza, le convinzioni personali, l’eventuale atteggiamento di infedeltà all’ordinamento*»: sulla scorta degli insegnamenti dei giusnaturalisti laici, solo un’azione esterna può essere punita¹⁶⁸. Al principio di materialità, è possibile in questa sede accostare quello c.d. di ‘*determinatezza*’¹⁶⁹ in quanto non può essere punita dal legislatore una condotta che non può essere provata in un processo.

In secondo luogo, come si accennava precedentemente, il «*fatto commesso*», per usare le parole della Costituzione, deve essere (pre)determinato tassativamente per legge¹⁷⁰: necessario individuare un solo organo (il potere legislativo) che sia deputato ad individuare i comportamenti illeciti, in tal modo escludendo le interferenze che altri organi – potere esecutivo, giudiziario, o anche autorità religiose – potrebbero causare¹⁷¹. S’intende conferire certezza al diritto penale, perché il suo scopo, come meglio si dirà, è soprattutto quello di prevenire i reati, e dunque diviene fondamentale stabilire – preventivamente, tassativamente e precisamente¹⁷² – cosa è vietato¹⁷³. Si individuano così

¹⁶⁵ Cfr. M. G. TUZZATO, *La colpa d’autore nel diritto penale*, in www.jus.unitn.it; F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell’esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, vol. I, Cacucci, 1994, 519 ss.

¹⁶⁶ V. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 144 ss.; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 315.

¹⁶⁷ Per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 3.

¹⁶⁸ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 145.

¹⁶⁹ V. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, 2001, 163 ss.

¹⁷⁰ Sul principio di legalità v. magistralmente G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 5-249.

¹⁷¹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 146.

¹⁷² Ci si riferisce chiaramente ai principi di irretroattività della norma penale, di precisione, e di tassatività.

¹⁷³ Non solo ‘*Nullum crimen*’ ma altresì ‘*nulla poena, sine lege*’.

degli “spazi di liceità” per le persone, entro i quali il potere statale non potrà arbitrariamente intervenire. «*La legge penale funge così da Magna Charta delle libertà individuali*»¹⁷⁴. Con tale principio «*il diritto penale moderno svela in modo eloquente la sua natura schiettamente profana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso*»¹⁷⁵.

Ancora. Un diritto penale laico, per “punire legittimamente”, richiede un’azione (‘*fatto*’) oltre che esterna e predeterminata come illecita dal legislatore ordinario, anche offensiva di beni giuridici¹⁷⁶: accanto al fatto tipizzato, va aggiunta la ‘*lesività sociale*’. «*Il reato a differenza del peccato, o dell’immoralità, è una condotta che danneggia qualcun altro*», e cioè si caratterizza in particolare per la sua capacità di «*offendere legittime prerogative altrui di rilievo sociale*»¹⁷⁷. Per dirla con Beccaria, «*l’unica e vera misura dei delitti dev’essere il danno fatto alla nazione*»¹⁷⁸. Si approfondirà l’argomento fra poco, quando si parlerà del tema della selezione dei beni giuridici.

«*Dagli stessi principi di offensività 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*»¹⁷⁹. È evidente che un diritto penale laico deve, una volta individuata una situazione meritevole di tutela, anzitutto comprendere se la sanzione penale è l’unica alternativa possibile e, allo stesso tempo, indagare sugli effetti che l’incriminazione penale avrebbe sulla società. Valutare i costi economici e sociali e comprendere bene tutte le conseguenze dell’incriminazione, avvalendosi dei contributi conoscitivi della criminologia, della sociologia e di ogni altra branca del sapere che possa fornire dati empirici utili è fondamentale per un legislatore

¹⁷⁴ F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 310.

¹⁷⁵ F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 311.

¹⁷⁶ Bene giuridico inteso come ‘*interesse di valore sociale*’, e che deve consistere in un ‘bene offendibile’, cioè in una situazione che può essere lesa o messa in pericolo (concreta!) da parte della condotta umana, e proprio per questo tale da poter essere oggetto di tutela: un interesse concreto, afferrabile a livello empirico. Sul principio di offensività in materia penale, cfr., *ex multis*, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant’anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra – G. Insolera, Giuffrè, 1998, 133-174; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3-4, www.penalecontemporaneo.it, 4-43.

¹⁷⁷ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 157-158.

¹⁷⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

¹⁷⁹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 146.

che intenda comprendere i bisogni reali della società¹⁸⁰: con questa metodologia razionale, improntata alla conoscenza della realtà, il diritto penale potrà essere autenticamente laico, anche in senso etimologico e cioè un diritto penale *‘per il popolo’*.

La sanzione penale come *extrema ratio*, conferma che il diritto penale deve essere funzionale a prevenire fatti gravemente lesivi della convivenza sociale, e non per manifestazioni immorali, o antireligiose (fossero anche quelle della maggioranza), né per espressioni irrispettose dei valori comuni o di infedeltà all’ordinamento¹⁸¹.

Infine, se è vero che *«il diritto penale vive, perché è destinato a vivere soltanto nel processo»*¹⁸², oltre che nelle aule parlamentari, l’altro luogo “naturale”, in cui la laicità del diritto penale dovrebbe affermarsi, è chiaramente il processo. Oltre che proteggere l’autonomia del diritto penale, da ingerenze extrapenali ed extraprocessuali, ribadendo costantemente le *«regole proprie»* del diritto penale, *«l’idea secondo cui la prova del fatto e del rapporto tra questo e l’autore, debba essere interamente a carico dell’accusa come suo compito istituzionale, scolpisce una delle facce più “visibili” della laicità»*¹⁸³. Il principio *‘nemo tenetur se detegere’*, riconosciuto agli imputati e ai testimoni (c.d. *‘privilegio contro l’autoincriminazione’*), occupa infatti un posto di primo piano fra i principi che sorreggono il rimprovero penale oggi¹⁸⁴. Tale principio, unitamente alla presunzione di innocenza, e all’ *‘in dubio pro libertate’*, manifestano la volontà di costituire un processo laico, *«dove il cittadino non deve discolparsi di nulla: né della sua vita, né del suo modo di essere, né dei suoi atteggiamenti interiori»*¹⁸⁵.

Si può aggiungere che, mentre per coloro che partecipano al procedimento penale¹⁸⁶, il principio di laicità, sulla scorta degli insegnamenti della Consulta, è un canone ermeneutico, per il legislatore è un canone di politica criminale, e ora si vedrà meglio in che misura. Invece, la laicità come *metodo* e come *autonomia*, nel senso di affrancamento

¹⁸⁰ V. in tal senso, e per una completa analisi del principio di sussidiarietà, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 29.

¹⁸¹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 158-159.

¹⁸² F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 161.

¹⁸³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 147.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Si usa il termine procedimento al fine di includere anche le indagini preliminari: è importante, o meglio fondamentale, che anche la fase prodromica al processo sia svincolata da motivazioni ideologiche.

da premesse etiche, religiose, metafisiche o paternalistiche, dev'essere un imperativo categorico sia per i magistrati che per il legislatore.

4. Il principio di laicità come canone-politico criminale

Nei precedenti paragrafi, si è volutamente omissivo di trattare alcuni dei principi e dei temi più rilevanti sui quali il principio di laicità ha maggiormente inciso, al fine di poterne dare una più ampia trattazione in questa sede.

I temi della pena, della colpevolezza e della selezione dei beni giuridici, sono gli argomenti di parte generale in cui la laicità ha inciso maggiormente, poiché in questi campi si è manifestato (e si manifesta ancora) un più intenso intreccio tra approccio giuridico-laico e approccio etico-religioso¹⁸⁷. In questi temi, sui quali le analisi della dottrina penalistica sono particolarmente copiose, il principio di laicità come canone politico-criminale, opera (*rectius*: dovrebbe operare) quale limite assoluto per il diritto penale¹⁸⁸. Allo stesso tempo, in questi temi sono in vigore principi costituzionali che disvelano la natura laica del nostro ordinamento penale, e proprio per questo potevano anche essere trattati nel precedente paragrafo.

4.1 Funzioni e modalità della pena

Cominciando dal primo dei temi citati, è noto che le finalità della pena «*mutano in funzione delle più generali concezioni della società e dello Stato che via via emergono nel corso dell'evoluzione storica*»¹⁸⁹. Ma non mutano solo le finalità della pena bensì anche le modalità con cui viene inflitta, le tecniche usate per punire l'autore del reato¹⁹⁰.

Lo Stato teocratico legittima la propria pena perché è giusto moralmente che al 'bene segua il bene e che al male segua il male', si punisce per retribuire il male del peccato con il male della pena ('*malum passionis propter malum actionis*') placando in tal modo la divinità offesa dal delitto, e non perché la pena sia utile per un qualche fine: una

¹⁸⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, cit. (nota 114), 440; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 169.

¹⁸⁸ C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1161 ss.

¹⁸⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 731.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

concezione realmente assoluta, nel senso di svincolata da ogni finalità, avallata da religioni quali l'Ebraismo e il Cristianesimo, e da grandi filosofi come Kant ed Hegel¹⁹¹.

Nelle concezioni pre-moderne e teocratiche, il delinquente, considerato per natura "malvagio", doveva essere spietatamente punito e, spesso, materialmente soppresso¹⁹². Per cui la pena, che di fatto era una sorta di "vendetta pubblica", era svincolata da criteri di proporzione ed eccessivamente crudele nell'essenza e nell'esecuzione¹⁹³. La gamma poi era ampia: dalla pena di morte (inflitta in forma atroce), alla deportazione, dalla condanna alle galere e ai lavori forzati, fino alle pene corporali (mutilazioni, accecamenti, marchiature a fuoco, fustigazioni, torture alla ruota), infamanti (berlina, gogna, colonna, ecc.) e alla confisca totale dei beni; anche combinate fra loro¹⁹⁴. L'applicazione, che fra l'altro esonerava costantemente la nobiltà e il clero dalle pene più dolorose e degradanti, era caratterizzata da un amplissima discrezionalità del giudice nella scelta fra i tipi legali di pene, e nella modificazione e aggravamento delle medesime¹⁹⁵.

Un approccio laico alla questione della pena, non può arrestarsi di fronte all'enunciato «*si punisce, perché è giusto*»: non esiste una pena naturale, una pena riconosciuta come doverosa¹⁹⁶. Se è certo che la pena ha avuto e avrà sempre un contenuto afflittivo, il motivo per cui si punisce è fondamentale: basti pensare all'esempio (paradossale) del furto al mercato di una rapa, risalente ad Hegel, secondo il quale, in base alla teoria retributiva della pena, tale furto potrebbe essere punito sia con una multa, sia con la pena di morte, ciò dipendendo soltanto dalla cultura dominante in un dato momento storico¹⁹⁷.

Chiaramente nel diritto penale teocratico, e in una concezione retributiva della pena, la dignità umana è compromessa: è per tale ragione che Beccaria e gli altri pensatori illuministi, si scagliarono contro questa concezione di pena atroce, proponendo appunto un'umanizzazione della pena: se la società è fondata da uomini e per gli uomini, anche

¹⁹¹ Cfr. F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 320 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 4.

¹⁹² F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 473.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. (nota 143), 474.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, cit. (nota 114), 176 ss.

¹⁹⁷ L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, cit. (nota 114), 178.

coloro che delinquono meritano rispetto, e il fine da raggiungere tramite la pena dovrà essere quello della risocializzazione del reo, e della prevenzione generale. *«Il rispetto del condannato dipende dalla capacità di non sacrificarlo alle esigenze collettive: cioè di considerarlo pur sempre un interlocutore capace di risposte libere all'appello normativo e non, per un malinteso approccio liberale, come mero oggetto di un intervento sul suo corpo»*¹⁹⁸.

In un diritto penale secolarizzato il ricorso alla pena si può legittimare solo per finalità terrene e concrete di prevenzione generale e speciale, e non per *'retribuire il male con il male'*¹⁹⁹. La laicità come *mondanità, immanenza*, non permette allo Stato di perseguire fini di giustizia assoluta, *«di palingenesi totale della società, o di castigare costumi immorali, né a orientare opzioni culturali individuali e collettive»*²⁰⁰. La concezione retributiva della pena, figlia di una visione moraleggiante del diritto, non può essere lo scopo principale della pena negli Stati moderni e democratici²⁰¹.

Il *'diritto penale del cittadino'*, non può trattare la persona che abbia delinquito come un mostro o un animale feroce. Pertanto, avendo a che fare con esseri umani, che hanno sbagliato ma che restano sempre uomini titolari di dignità e diritti fondamentali, le tecniche punitive e i vari tipi di pena che possono essere comminati, vanno razionalizzati e umanizzati. Nella Costituzione italiana infatti, all'art. 27 si trova scritto: *«Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»*. All'approfondimento di questa prima conquista – *'l'umanizzazione del diritto penale'* - Bettiol, costituente e grande penalista del novecento, dedicò un mirabile saggio, nel quale spicca la sottolineatura che *«caratteristica di un diritto penale che voglia essere 'umano' è quella delle pene 'umane': intendendosi come tali quelle che non ripugnano alla natura dell'uomo (...) il che importa il bando delle pene infamanti e delle pene corporali»*²⁰².

¹⁹⁸ L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit. (nota 114), 186.

¹⁹⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 9.

²⁰⁰ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140.

²⁰¹ *Ibidem*. Bene puntualizzare che l'art. 133 c.p., esige una commisurazione della pena che tenga in conto anche della gravità del danno cagionato. Si potrebbe affermare quindi, che la pena è quantitativamente retributiva, giacché ciascuno risponde solo e nei limiti della gravità del fatto commesso. Allo stadio di irrogazione della pena, parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, ritengono che la pena debba essere polifunzionale: quindi assolvere anche una funzione retributiva, Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 589 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 794 ss.

²⁰² G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 746 ss.

Queste considerazioni, che potrebbero sembrare oggi scontate, in verità non lo sono affatto. Anche per fare un collegamento con l'attualità, si può citare il caso della violenza sessuale di gruppo avvenuta nelle spiagge di Rimini nell'Agosto 2017, e che ha avuto una grande eco mediatica, probabilmente anche per la nazionalità (non italiana) degli autori e delle vittime. Fra le reazioni politiche alla notizia del fatto di reato, come è accaduto anche in passato per altri fatti di simile natura, vi sono state anche delle richieste di inserimento nel codice penale della pena corporale della c.d. 'castrazione chimica' obbligatoria²⁰³. Tale pena, nonostante l'aggettivo che l'accompagna le conferisca pretese di scientificità, rimane anacronistica, barbarica al punto da ricordare le atrocità naziste²⁰⁴ e tristi vicende quali quella di Alan Turing. Parlare di castrazione obbligatoria per una persona, creando menomazioni fisiche enormi (anche se non definitive, pare²⁰⁵), agendo sulla capacità di autodeterminazione della persona, significa contrassegnare il diritto penale come un mezzo per combattere il '*nemico stupratore*', e quindi certamente contraria ad un diritto penale laico. Le conquiste giuridiche ottenute a fatica nel corso dei secoli, non possono essere cancellate con un colpo di spugna da demagoghi populistici²⁰⁶. Fortunatamente l'art. 27 Cost., unitamente all'art. 3 CEDU²⁰⁷, come delle ideali 'Colonne d'Ercole' espressive di un «*non plus ultra*», non permetteranno mai (più), nel nostro ordinamento, che ad una violenza sessuale, si risponda con una lesione personale gravissima.

Oggi, dicono i più grandi penalisti, è opportuno continuare l'evoluzione del diritto penale e ripensare il sistema sanzionatorio in particolare: se si è passati dalla pena di morte e le pene corporali, alla pena detentiva grazie all'Illuminismo, ci si deve affrancare dalla convinzione che ad ogni reato si debba rispondere col carcere²⁰⁸. *«Lacerando i legami sociali, creando un ambiente radicalmente diverso e semplificato rispetto alle relazioni di vita proprie del mondo libero, la pena detentiva rappresenta un fattore che tende ad incrementare anziché a prevenire la criminalità. D'altra parte il tentativo di un'esecuzione della pena ispirata a criteri di umanità e di risocializzazione del*

²⁰³ E. BIANCHI, *Stupro Rimini, Salvini: "L'unica soluzione è la castrazione chimica"*, in www.repubblica.it, 2-09-2017.

²⁰⁴ La castrazione chimica «solo nel periodo oscuro dell'egemonia nazista era riapparsa», così G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, cit., 746 ss.

²⁰⁵ https://it.wikipedia.org/wiki/Castrazione_chimica.

²⁰⁶ Si segnala che dichiarazioni come quelle del segretario leghista, su un *social network* come Facebook possono essere rinvenute con estrema facilità: sintomo che queste idee hanno un consenso non trascurabile.

²⁰⁷ L'art. 3 CEDU prescrive il divieto di tortura, e vieta pene o trattamenti inumani e degradanti.

²⁰⁸ C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2000, 10 ss.

condannato, che sino ad oggi non è mai stato coronato da pieno successo, si scontra con forti resistenze politiche motivate dai suoi alti costi finanziari. Senza contare, poi, che la capacità delle nostre carceri di accogliere detenuti è assolutamente inadeguata al numero dei condannati»²⁰⁹. Oggi la pena detentiva va riservata unicamente ai delitti più gravi, e la pena pecuniaria, come già sta avvenendo, deve via via sostituirla²¹⁰.

Le esigenze concrete e laiche di prevenzione generale e speciale, impongono per il futuro un impegno serio sul versante delle sanzioni penali: *«Abbiamo bisogno, pertanto, di un significativo ampliamento della gamma delle sanzioni, che ci consenta di adeguare le conseguenze giuridiche più efficacemente di quanto non sia accaduto sinora alle caratteristiche individuali dell'autore, alla sua condizione sociale e agli interessi della vittima - interessi prioritari per il ristabilimento della pace sociale»²¹¹.*

4.2 La colpevolezza

Come è noto, la colpevolezza è il terzo elemento costitutivo del reato: oltre al fatto antigiusuridico, è necessario anche poter rimproverare al soggetto di averlo commesso²¹². Concependo la pena nel modo poc'anzi citato, non avrebbe senso rieducare un soggetto per le sue intenzioni "malvagie" che non hanno portato ad un fatto concreto, oppure per aver commesso il fatto ma senza dolo o colpa, poiché mancherebbe quell'atteggiamento psicologico teso a trasgredire la norma penale, col risultato che la sanzione finirebbe con l'essere arbitraria e inutile²¹³. Come ha scritto la Corte costituzionale: *«Non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto), non ha certo bisogno di essere rieducato»²¹⁴.*

Il principio di colpevolezza, costituzionalizzato al primo comma dell'art. 27 Cost., presuppone una visione antropologica dell'uomo quale essere dotato di ragione, e capace di poter controllare i propri istinti: in sintesi, ognuno è capace di decidere se commettere o meno un reato²¹⁵. La colpevolezza assurge al ruolo di *principio-cardine* del diritto

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² V. per tutti G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 325 ss.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Corte Cost., Sentenza 23 Giugno 1988, n. 364

²¹⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 325.

penale, e viene rigettata *in toto* quindi la già vista concezione lombrosiana degli ‘*uomini delinquenti*’²¹⁶, secondo la quale non esisterebbe libero arbitrio.

Analizzando questo principio sotto la lente del principio di laicità, esso significa non solo e non tanto che non si possa venire incriminati per fatti commessi da altri, ma piuttosto che debba essere accertata la «*responsabilità per fatto proprio colpevole*»²¹⁷. La colpevolezza, in un diritto penale laico quale ‘diritto penale del fatto’, non può poi essere una c.d. ‘*colpa d’autore*’: una concezione dell’elemento soggettivo che vorrebbe far spostare l’attenzione dal fatto al carattere o allo stile di vita del reo, i quali sarebbero indicativi di un’inclinazione al delitto²¹⁸. In linea con questa concezione di colpevolezza, è inoltre quel filone dottrinale minoritario che ha proposto di includere, nel giudizio sulla colpevolezza, l’*atteggiamento interiore* del reo in merito ai valori penalmente tutelati²¹⁹. Come si diceva, il nostro diritto penale si concentra sul fatto, e sulla lesione del bene giuridico da esso derivante, dunque anche la colpevolezza non può che riferirsi esclusivamente al fatto: solo in questo modo si rimane nell’alveo di un diritto penale garantistico e laico. Al contrario la “deriva spirituale”, spostando il fulcro dei ragionamenti sugli atteggiamenti interiori finisce per dare peso ai modi di essere, nel tentativo di graduare la malvagità del reo²²⁰.

Un sicuro e ulteriore passo avanti nella laicizzazione del diritto penale avviene nel ‘900, quando la colpevolezza viene ‘normativizzata’, divenendo un criterio pratico oltre che dogmatico per graduare la responsabilità in rapporto ai motivi e alle circostanze dell’agire²²¹. In base a questa nuova accezione anche l’elemento psicologico va valutato normativamente, e quindi la valutazione della rimproverabilità dell’atteggiamento psicologico dev’essere fatta su criteri giuridici prestabiliti e non certamente su criteri morali²²². La colpevolezza giuridica e la colpevolezza morale, sono nettamente separate.

Inoltre, con l’entrata in crisi della concezione retributiva della pena, la colpevolezza, in un diritto penale con finalità preventive, non è più un «*malum actionis*» da retribuire ed

²¹⁶ Se ne è già parlato nel Capitolo 1 paragrafo 2.

²¹⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 325-326.

²¹⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 327-328.

²¹⁹ G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.

²²⁰ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 328-329.

²²¹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 332 ss.

²²² *Ibidem*.

annullare con un «*malum passionis*» ma diventa un argine garantistico a presidio della certezza di libere scelte d'azione del cittadino, e non può che tradursi in un rimprovero per aver commesso azioni socialmente dannose²²³. Per questo la dottrina contemporanea²²⁴, allo scopo di “aggiornare” la concezione della colpevolezza ad un mutato diritto penale, è andata oltre la normativizzazione dell'elemento soggettivo, proponendo l'inserimento della colpevolezza addirittura all'interno della tipicità, quale presupposto del reato: «*la mera causazione materiale di eventi “incolpevoli” [...], non potrebbe in nessun modo giustificare un bisogno di rieducazione*»²²⁵. Viene formalizzato dunque un paradigma «*sincretistico-dialettico*» meglio rispondente ad una pena secolarizzata con finalità preventive²²⁶.

Infine la colpevolezza, oltre che come limite al diritto penale, ha anche una funzione fondamentale nella commisurazione della pena: da un lato, l'art 133 c.p. comma 1 n° 3, prevede che la valutazione discrezionale del giudice venga anche fatta sulla base dell'intensità del dolo o del grado della colpa, dall'altro lato vi è un assoluto divieto per il giudice di infliggere pene superiori al grado di colpevolezza mostrato, al fine di perseguire scopi di prevenzione generale o speciale²²⁷. Le possibilità di eccesso di reazione penale, sono pertanto domate e azzerate alla nascita, da un principio di colpevolezza che agisce anche nel settore della commisurazione della pena²²⁸.

Il principio di laicità, nel suo ruolo fondativo del diritto penale, ha plasmato la colpevolezza consacrandola a principio cardine dello *ius puniendi*, imponendole di non tradursi in un rimprovero etico, di rifiutare una «*soggettivizzazione interiorizzante*» del rimprovero penale, e infine, secolarizzando la pena, ha indotto la miglior dottrina contemporanea ad inserire la colpevolezza all'interno della tipicità, come presupposto del reato, in quanto mancando essa, non vi sarebbe alcuna utilità nella punizione²²⁹. Il ruolo

²²³ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 333.

²²⁴ C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 16 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.

²²⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 335.

²²⁶ C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1168.

²²⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 337-338.

²²⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 338.

²²⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1168; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 159.

limitante che ha la colpevolezza nella fase della commisurazione della pena, “chiude il cerchio” e contrassegna la colpevolezza come emblema di un diritto penale laico²³⁰.

4.3 La selezione dei beni giuridici

Il tema della selezione di beni giuridici, è forse l’argomento più importante nei rapporti tra laicità e diritto penale²³¹. Quello che la dottrina penalistica tenta di fare (da secoli), è porre dei limiti al legislatore, tali per cui egli non possa decidere di incriminare qualsivoglia condotta. Il problema maggiore è quello di discernere il peccato, la condotta immorale, fastidiosa, se non scioccante eticamente, dal reato: separare la morale dal diritto penale. Questo è il tema che ci si accinge ad affrontare. Non un tema astratto o prettamente accademico, ma particolarmente attuale anche nella realtà quotidiana: si pensi ad esempio, al tema della cannabis, tema per eccellenza dei c.d. *‘reati senza vittima’*. Fumare stupefacenti basati sul tetraidro-cannabinolo è una pratica frequente e non direttamente dannosa a terzi, eppure l’ordinamento non lo consente e pone sanzioni (amministrative per il consumo, e penali per lo spaccio).

Si premette che non si cercherà di illustrare compiutamente quali siano tutti i principi del diritto penale che interessano il legislatore nella scelta dei beni giuridici, ma si tenterà unicamente di comprendere il ruolo del principio di laicità nel compiere tale scelta (la laicità come *canone politico-criminale*).

Nel saggio *‘On Liberty’* (1858), nel sostenere il diritto degli individui all’autodeterminazione, John Stuart Mill affermava che l’unico motivo per cui uno Stato può vietare ai cittadini determinate condotte è per impedire che esse rechino danno ad altri. Naturale conseguenza sarà che impedire a cittadini adulti e responsabili di arrecare danno a sé stessi non sarebbe mai un motivo sufficiente per la proibizione di certe condotte²³². Tale teoria, detta anche principio del danno o *‘harm principle’*, è nei paesi anglosassoni alla base del diritto penale, così come da noi lo è il concetto di ‘bene

²³⁰ È appena il caso di rilevare che, per il ruolo che ha la colpevolezza nel diritto penale, essa non può essere svuotata o minimizzata nella fase di accertamento processuale, necessitando invece di un serio e reale accertamento di tutti i suoi elementi nella loro consistenza empirica-psicologica.

²³¹ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 169 ss.

²³² A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *Dreamin’ California*, cit. (nota 163), 211.

giuridico'. Come è noto, da qualche tempo questa teoria anglosassone è stata fatta propria anche dalla dottrina penalistica italiana²³³.

Il già citato Feinberg, riprende nelle sue opere il milliano '*principio del danno*', e si spinge oltre, fino ad affermare che nemmeno si possono incriminare condotte che arrechino danni ad altri, quando questi siano consenzienti: l'assenza di anti-giuridicità in virtù di un forte e consapevole consenso, dovrebbe far venir meno la necessità di una pena²³⁴.

Tale teoria dell'*'harm principle*' dunque, unendosi alle istanze illuministe, sostiene con forza il concetto di 'dannosità sociale': concetto tuttavia da sempre indeterminato²³⁵. Non solo il principio del danno è stato da sempre vago, ma nemmeno è mai stato applicato fino in fondo: se preso alla lettera, esso escluderebbe tutti i reati c.d. senza vittima (droghe, omicidio del consenziente, ecc.) perché sarebbe paternalistico il contrario, ma soprattutto escluderebbe tutti «*i reati di pericolo o le incriminazioni poste a tutela di esigenze preventive di sicurezza, di beni c.d. immateriali ecc. che non cagionano un danno in senso stretto*»²³⁶. Allora il danno finisce per ricomprendere anche il '*danger*' (o '*risk*'), e fra gli '*others*' (nell'*'harm to others*') sono ricompresi anche gli interessi collettivi.

Nelle opere di Feinberg, troviamo altresì un'ulteriore forma di 'danno', che però da essa si distingue: l'*'offense*'²³⁷, intendibile come molestia, offesa alla sensibilità pubblica, o

²³³ Sul tema si veda soprattutto AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca, G. Francolini, op. cit. (nota 156), con contributi di G. Francolini, A. Von Hirsch, G. Forti, A. Cadoppi, W. Wohlers, G. Fiandaca; G. FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 276 ss.; AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010, con contributi di A. Cadoppi, D. Husak, M. Donini, R. Shafer-Landau, H. Malm, M. Romano, S. Canestrari – F. Faenza, G. Dworkin, G. Fiandaca; E. DICIOTTI, *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1, 1997, 366 ss.; P. TINCANI, *Harm Principle. Il principio del danno*, in AA.VV., *L'individuo nella crisi dei diritti*, a cura di F. Sciacca, Il Nuovo Melangolo, 2009.

²³⁴ A. CADOPPI, *Liberalismo, Paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari - L. Stortoni, op. cit. (nota 22), 294 ss.

²³⁵ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 315 ss.

²³⁶ M. DONINI, *"Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, op. cit. (nota 233), 74.

²³⁷ J. FEINBERG, *Offense to others*, Oxford University Press, 1985.

ad un diritto comune a tutti i cittadini²³⁸. Il filosofo americano ha inteso ampliare la possibilità delle incriminazioni oltre il limite classico di ‘*harm*’, poiché riteneva che tale concetto fosse troppo ristretto per includere simili tipologie di offese²³⁹.

Come si vede c’è stata quindi un’ampia estensione delle teorie milliane, per giustificare ulteriori fattispecie.

Contemporaneamente, nell’Europa continentale, approfondendo il concetto di bene giuridico, diranno i sostenitori tedeschi della teoria liberale²⁴⁰, che, al fine di poter incriminare una condotta, è necessaria una «*corposa evidenza*» del bene giuridico: entità dotate di «*sostrato reale*», «*tangibili*» e «*materialmente ledibili*»²⁴¹.

Tale ultima teoria citata, presenta più di un punto debole. Il maggior limite, come è stato acutamente osservato²⁴², consiste nell’incapacità di “legare le mani” al legislatore vista l’inconsistenza della caratteristica della ‘*corposità*’: non spiega chiaramente quali siano i criteri con cui un legislatore deve selezionare i beni giuridici meritevoli di tutela.

La teoria del bene giuridico²⁴³, coniugandosi con quella della ‘dannosità sociale’, dovrebbe essere in grado di delimitare l’area del penalmente rilevante, tuttavia tali teorie in alcune occasioni sono insufficienti²⁴⁴: in base a quanto detto, nulla vieterebbe ad un legislatore di considerare illecito in quanto socialmente dannoso un comportamento immorale, o considerare la morale come un bene giuridico²⁴⁵. Ancora non viene risolto dunque il tema iniziale.

²³⁸ «*Molestie che arrecano disturbo, fastidio, irritazione, allarme, ansia, disagio, vergogna, ribrezzo*», così J. FEINBERG, *Offense to others*, cit., 6. Il filosofo americano pone delle condizioni per la punizione dell’offense e tra questi vi sono numerosi criteri restrittivi di bilanciamento fra interessi.

²³⁹ M. DONINI, “*Danno e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’ “offense” di Joel Feinberg*”, cit. (nota 236), 68.

²⁴⁰ H.A.L. HART, *Diritto, morale e libertà*, Bonanno, 1968.

²⁴¹ H. JAGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Ferdinand Enke Verlag, 1957; Cfr. G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 173.

²⁴² G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 174.

²⁴³ Per un’interessante analisi v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 4 ss.: gli autori riportano compiutamente il dibattito avvenuto intorno al bene giuridico, e propendono, come la dottrina maggioritaria, per la concezione costituzionalmente orientata di bene giuridico: teoria che intende riservare la tutela penale ai soli beni dotati di rilevanza costituzionale sia implicita che esplicita.

²⁴⁴ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 175 ss.

²⁴⁵ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 176; ID, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, op. cit. (nota 233), 219.

La soluzione per quest'ultimo caso, va trovata nel principio di laicità: esso ha il compito di impedire che venga considerato socialmente dannoso qualsiasi fatto, solo sulla base di ideologie, preconcezioni, atteggiamenti irrazionali e sentimenti. Il danno ad un bene giuridico che deve interessare al diritto penale è allora solo quello «*eminentemente laico*»²⁴⁶.

Ma andando con ordine, innanzitutto la laicità '*come metodo*' dev'essere il principio da porre alla base del procedimento legislativo: adoperare quindi, una serie di criteri razionali, ispirati all'obiettivo concreto di prevenire reati, e che permetta di prendere le proprie decisioni in autonomia, ascoltando le varie istanze sociali, in un 'dialogo polifonico' fra opinioni divergenti, citando Habermas, al fine di garantire il pluralismo, ma tenendo sempre presenti i dati empirici forniti dalle scienze sociali affinché le leggi non siano «*meri atti di imperio*»²⁴⁷ e la legislazione non sia «*solo performativa*»²⁴⁸. Come ha scritto un'autorevole dottrina: «*Il tasso di laicità del diritto penale si commisura allo spazio che esso stesso concede agli apporti conoscitivi delle scienze sociali*»²⁴⁹.

Detto questo è doveroso rilevare, come si faceva nel precedente capitolo e si farà ancora, che sta mutando ed è già in qualche misura mutato, il contesto socio-politico di riferimento: nella società post-secolarizzata, aumentano gli interventi delle religioni sulla scena pubblica, e quindi i rischi che possano essere tutelate semplici ideologie; aumentano inoltre le istanze nazionali, e soprattutto sovra-nazionali, di criminalizzazione di condotte inoffensive di terzi, tendenti ad una ri-etizzazione del diritto penale, quali ad esempio il negazionismo e la pedopornografia virtuale; infine, vi è una costante propensione politico-criminale italiana e non solo, al populismo penale, che per l'onnivoro bene sicurezza, intende produrre compulsivamente nuove incriminazioni, spesso più simboliche che realmente utili ad una prevenzione dei reati²⁵⁰.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ M. DONINI, "Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit. (nota 236), 46; Sui rapporti tra diritto penale e scienze sociali, con l'esplicita e fondamentale considerazione di considerare i contributi in maniera critica, v. L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1980-1981, 3 ss. (dell'estratto).

²⁴⁸ M. DONINI, "Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit. (nota 236), 79 ss.

²⁴⁹ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 176.

²⁵⁰ G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit. (nota 245), 231.

Insomma, i rischi di una confusione tra diritto penale e morale, sono oggi molto alti. Tuttavia, la laicità del diritto penale è un principio «*imprescindibile*»²⁵¹, e nonostante i mutamenti sul piano pre-giuridico, va difesa strenuamente: è necessario mantenere l'autonomia nelle valutazioni giuridiche, altrimenti è certo che avverranno discriminazioni, e dittature delle maggioranze. Si accetterà di pagare tutt'al più il prezzo di un'amoralità del diritto penale²⁵².

Un principio di laicità correttamente inteso, impone anzitutto quindi, un metodo democratico e razionale, e proseguendo, nel momento in cui si devono compiere delle scelte, visto che tale principio si pone in antitesi alle logiche dello Stato etico e dello Stato confessionale, non è concessa l'imposizione di una visione del mondo o di un precetto divino (laicità come *immanenza*). Quest'ultimo punto merita approfondimento.

Il termine '*autonomia*', a cui si è fatto riferimento, potrebbe ben essere frainteso, in una prospettiva c.d. laicista, come '*isolamento*' del diritto penale dal contesto di valori in cui e per cui è posto²⁵³. La capacità di reggersi su principi propri però, è una 'condizione di esistenza' del diritto penale 'necessaria ma non sufficiente': la potestà punitiva infatti non può auto-legittimarsi, ed esiste al solo fine di tutelare beni giuridici individuali e collettivi che il legislatore, in conformità alla Costituzione, indicherà come meritevoli di essere difesi. Tali beni giuridici ovviamente verranno "colti" nel terreno dei valori in cui il diritto penale dovrà operare: ben potrebbero essere resi oggetto di tutela penale quindi, beni giuridici derivanti dal fenomeno religioso e morale. Come esempio è possibile citare l'articolo 404 secondo comma c.p., il quale appresta una tutela privilegiata alle «*cose che sono oggetto di culto*»: la sacralità dell'oggetto diviene bene giuridico, e la sua alterità rispetto al mero patrimonio è indicata dal maggiore edittale di pena che ha tale fattispecie rispetto al danneggiamento semplice (art. 635 c.p.). Pare anche razionalmente argomentabile la differenza di tutele fra un bene comune e un'importante reliquia, per il diverso valore che hanno i due oggetti, non potendo ateisticamente disinteressarsi alla sfera religiosa-fideistica dei cittadini. Quindi ad esempio, la 'Sacra Sindone' non è (per il

²⁵¹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140.

²⁵² M. DONINI, "Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit. (nota 236), 62. Il chiaro A. alla pagina successiva nota ironicamente come in una società fortemente pluralistica e in cui, quindi, ogni morale è privata, è il diritto penale l'unica morale pubblica: e questo dopo che ci si è sforzati tanto per separare la morale dal diritto penale.

²⁵³ F. STELLA, *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, cit. (nota 1), 316.

diritto penale) un comune lenzuolo²⁵⁴: il legislatore, per il principio di laicità, non può fare propria la valutazione della Chiesa sulla Sindone, e conferirle protezione penale perché vi è stato avvolto il figlio di Dio, ma può farlo poiché è un lenzuolo considerato ‘sacro’ da una religione e miliardi di fedeli.

Ma evidentemente, e qui sta il punto, non tutto ciò che è rilevante per la morale e per le religioni, lo è anche per il diritto²⁵⁵. L’essenza primigenia della laicità, come si è cercato di illustrare nel presente capitolo, sta in questo: ‘*separazione tra ordini*’. Il diritto penale si preoccuperà di tutelare i beni giuridici della comunità, lasciando alla morale e alla religione il compito di individuare i corretti costumi e “salvare le anime”. Divisione tra ordini, non vuol dire neutralità e isolamento, bensì dialogo e confronto tra entità separate e distinte, cosicché lo Stato possa decidere, in autonomia, se apprestare o meno tutela anche a valori che derivino dal campo della morale e della religione. Ed è proprio nell’effettuare tale scelta che entrerà in gioco il principio di laicità.

Riassumendo, la selezione dei beni giuridici, andrà fatta tenendo presente il principio di laicità, unitamente agli altri principi e criteri²⁵⁶ (interpretabili laicamente): andrà usato il metodo laico e razionale, tenendo presente che non è possibile, in una società laica e pluralistica, “parteggiare” per un’ideologia. Una volta compiuta la scelta, bilanciando tutti gli interessi e cercando di includerli tutti, è doveroso effettuare la ‘controprova’ e cioè valutare se la scelta è razionalmente argomentabile.

5. Status della laicità.

Nel corso del presente capitolo si è tentato di individuare e di tratteggiare, per usare una felice metafora di Augusto Barbera, i “volti” della laicità nel diritto penale²⁵⁷. Ora, si tenterà di comprendere se la/le laicità si atteggerà/atteggeranno a ‘carattere’ dell’ordinamento (come ‘corollario’ dei principi costituzionali in materia penale), ovvero

²⁵⁴ Come è noto, la comunità scientifica maggioritaria ritiene che sia un lenzuolo medioevale, v. ‘*Sacra Sindone*’, in www.wikipedia.org.

²⁵⁵ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140.

²⁵⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 3 ss.

²⁵⁷ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), §1.

a ‘principio autonomo’, ovvero ancora a ‘meta-principio’, che ricomprenda i principi costituzionali in materia penale e ne orienti l’interpretazione.

Si fa riferimento ai ‘caratteri’ del diritto penale per indicare quei concetti che *«pur rinviando a premesse di valori e prescrittive, non hanno la funzione di esprimere direttive per il legislatore o l’interprete, ma solo l’obiettivo tendenza o l’atteggiarsi di una fenomenologia del sistema»*²⁵⁸. Dunque, se la laicità fosse un ‘carattere’ del diritto penale, avrebbe una funzione meramente “descrittiva”, priva di autonomia e di efficacia prescrittiva/orientativa: la laicità per poter esercitare una forza anche solo di ‘ausilio all’interpretazione’, avrebbe bisogno di una costante correlazione con i principi propriamente caratterizzanti la materia penale²⁵⁹. Larga parte della dottrina ha optato per una qualificazione della laicità come ‘carattere’, e non come ‘principio’ del diritto penale: *«l’intervento penale deve avere carattere di laicità, perché in caso contrario verrebbero compromessi i principi fondamentali, desumibili dalla Carta Fondamentale della Repubblica, che lo sorreggono e lo delimitano. Nessuna operazione 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 di libertà di manifestazione del pensiero»*²⁶⁰.

Secondo invece una visione parzialmente differente, la “laicità”, pur rappresentando indubbiamente un «carattere» dell’ordinamento, *«conserva anche alcuni tratti del principio, perché presenta un valore deontologico e non puramente descrittivo quale mera risultante degli assetti normativi in essere: infatti il diritto (penale) non solo è laico perché attua i principi di materialità, offensività, di primato del fatto, ecc., ma deve essere*

²⁵⁸ M. DONINI, *Teoria del Reato. Un’introduzione*, CEDAM, 1996, 32 ss.

²⁵⁹ Su tutti, i principi costituzionali di legalità, materialità, offensività, colpevolezza, *extrema ratio*; G. MANFRINI, *Laicità e diritto penale*, Università degli Studi di Trento, 2016, 130.

²⁶⁰ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 166. Nello stesso senso, molti altri autori: F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, cit. (nota 114), 438; L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali*, in www.statoechiese.it, 2008, 18 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 61; E. DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1117 ss.

laico per rispettare il pluralismo etico-religioso e per mantenere tracciati i confini con la morale, sia quella privata (il che appare oggi scontato), sia quella pubblica: il che appare assai meno evidente, oggi, poiché il diritto penale è un'etica pubblica e poiché al di fuori del diritto, spesse volte, un'etica pubblica non c'è; e questo è divenuto sempre più inevitabile in una società multiculturale»²⁶¹.

Altra dottrina, ha qualificato la laicità come un 'meta-principio', (o 'sovra-principio ordinatorio'²⁶²) ossia di un parametro alla luce del quale poter leggere anche gli altri principi costituzionali²⁶³.

È molto complesso prendere parte a questo dibattito (talvolta anche solo da spettatori), per via della latitudine dei concetti, e delle sottigliezze sottese. Tentando una partecipazione, nel presente elaborato si aderisce all'ultima ipotesi di qualificazione²⁶⁴.

In base alle considerazioni svolte all'inizio del capitolo, il diritto penale italiano, si fonda su base laica: il primo passo che compie il diritto penale moderno, è quello di astenersi «da qualsiasi premessa religiosa o metafisica»²⁶⁵. Dunque, si potrebbe dire che la laicità astrattamente ha il primato cronologico sui principi del diritto penale citati, ed è da essa che derivano, come si è cercato di dimostrare²⁶⁶: metaforicamente, il principio di laicità è una "grande madre" che maieuticamente fa nascere il diritto penale moderno con i suoi principi.

²⁶¹ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, 55, (nota. 24); cfr. anche ID., *Teoria del reato*, cit. (nota 258), 32-33.

²⁶² Cfr. F. MODUGNO, *Principi fondamentali, generali, supremi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. V, 4490 ss.; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.

²⁶³ C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1171 ss.

²⁶⁴ Nello stesso senso v. fra gli altri, L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, 948 ss.; S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Giappichelli, 2015, 92; P. DUSI, *Minima laica*, Il Ponte editore, 2016; N. COLAIANNI, *Diritti fondamentali e fondamentalismi: satira e simboli religiosi*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁶⁵ E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1117.

²⁶⁶ Pulitanò, fa notare la non unicità della laicità fra le 'radici' del diritto penale: «La pluralità di radici, che possono produrre i medesimi frutti, può essere ravvisata anche in altri principi fondanti dei sistemi penali, pertinenti alle ragioni, alle condizioni, ai limiti del vietare e punire. Il principio di laicità è una fra le diverse radici, non l'unica, né la più antica. [...] D'altro canto, se la maggior parte dei principi e istituti del sistema penale ha una pluralità di radici e di significati, la connessione col principio di laicità non è né esclusiva né privilegiata. Riconoscere la pluralità di radici è non solo un doveroso rispetto della realtà storica, ma è anche l'approccio più dialogico e più produttivo; per chi abbia a cuore il principio di laicità, un positivo convergere con altre tradizioni ideali», Così D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 61; Cfr. R. MAZZOLA, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statuale*, cit. (nota 114), 1309 ss.

L'impostazione della dottrina maggioritaria invece, è quella di dedurre il principio di laicità a partire dagli altri, per poi concedergli il ruolo di corollario, di sfondo sul quale gli altri principi operano. Per fare un esempio: *«il carattere laico del diritto penale moderno è delineato con nitidezza dagli artt. 2, 3, 13, 25, 27 e 32 Cost»*²⁶⁷. Come si vede, i rapporti tra i principi sono invertiti: visti i principi costituzionali relativi alla materia penale, allora se ne deduce il carattere laico: ma concettualmente e cronologicamente sono gli altri principi che derivano dalla laicità e nascono a seguito della secolarizzazione, e non viceversa!

Il problema è che il principio di laicità, non essendo formalizzato in Costituzione²⁶⁸ per via degli scontri politici interni all'assemblea costituente²⁶⁹, necessita forzatamente, per avere un qualche ruolo limitante per il legislatore, di essere recuperato per via ermeneutica, tramite altri principi costituzionali. Quindi, qualificare il principio in commento come 'carattere' del diritto penale, non è altro che dare conto dell'operazione interpretativa compiuta, e ancorarlo agli altri principi. Si badi, dal punto di vista giuridico, è metodologicamente corretto evincere il principio di laicità del diritto penale dall'interpretazione degli altri principi costituzionali, ma attribuirgli il ruolo di mero 'carattere' è in qualche misura riduttivo e non globalmente abbracciante i rapporti fra il principio di laicità e diritto penale. Inoltre, come annotato da Donini, designare come mero carattere la laicità, equivale a escluderne e ignorarne l'autonoma valenza prescrittiva, generando così un 'vulnus' del concetto²⁷⁰: *«[La laicità] effettivamente ha una valenza prescrittiva autonoma (rispetto ai principi di materialità, offensività, primato del fatto, pluralismo, etc.) che emerge proprio nelle materie eticamente pregnanti, non solo nel campo del pluralismo religioso ed etico, ma proprio nel declinare i diversi principi in chiave non eticizzante, là dove entrino in conflitto o in dialettica con la morale o con la religione: per es. la disciplina [della] pornografia, della prostituzione, dei temi della bioetica, la tutela dei culti di minoranza senza privilegio per le religioni maggioritarie etc.: tutti temi dove la mera argomentazione mediante gli altri principi penalistici tradizionali può non sempre essere sufficiente per assicurare alla soluzione*

²⁶⁷ L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali*, cit. (nota 260), 18 ss.

²⁶⁸ Scelta invece fatta dalla Francia addirittura all'art. 1 Cost. *«La Francia è una Repubblica indivisibile, laica e democratica»*.

²⁶⁹ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, 2004, 37 ss.

²⁷⁰ M. DONINI, "Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit. (nota 236), 63.

un “carattere” di laicità, o addirittura a trovare una qualsivoglia soluzione se non si mette in gioco (in quanto vigente, si capisce) anche la laicità come principio, che consente di declinare distintamente e in modo più caratterizzato gli altri principi penalistici di riferimento»²⁷¹.

Necessario soffermarsi sull'operazione ermeneutica della Consulta, la quale è giunta ad affermare che la laicità è un «*principio supremo*», definito dalla dottrina giuspubblicistica «*super principio costituzionale implicito*», e che essa «è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica»²⁷². In alcuni elaborati di filosofia del diritto, i «*principi supremi*» vengono contrassegnati con il sinonimo di «*principi costituzionali costitutivi*»: costitutivi da un lato dell'identità sostanziale del nostro ordinamento giuridico-costituzionale, la quale deve essere rispettata dall'attività di produzione legislativa; dall'altro lato, costitutivi di canoni ermeneutici per i casi concreti sottoposti al vaglio giurisdizionale²⁷³. Tali principi costitutivi - «*democrazia, dignità, eguaglianza, laicità, lavoro, libertà, pace, persona, ragionevolezza, solidarietà - non sono valori, perché non ne possiedono l'aggressività, l'unilateralità, la volontà di affermazione e il carattere polemico, ma non sono neppure norme giuridiche*»²⁷⁴. Se si pensa al principio di legalità ad esempio, e lo si confronta con quello di laicità, se ne comprende immediatamente la differenza strutturale: il «*nullum crimen sine lege*» ha la struttura (kelseniana) del periodo ipotetico «*Se A, allora (deve essere) B*», dove “A” è la fattispecie, cioè il tipo astratto di azione che viene regolamentata, e “B” è la conseguenza giuridica del comportamento astrattamente previsto²⁷⁵. Chiaramente la laicità o la democrazia non hanno quel tipo di struttura, e quindi non sono considerabili «*norme giuridiche*» o «*principi costituzionali*» come altri. Non sono norme, ma hanno carattere prescrittivo: «*Da un punto di vista pratico, la loro prima funzione è quella di tutelare la dignità delle persone, in particolare interessate dalle vicende giudiziarie, ma ne svolgono anche una costitutiva nei confronti sia dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, sia*

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² Corte Cost., Sentenza 11 aprile 1989, n. 203.

²⁷³ F. BELVISI, *Principi costituzionali: “dalla struttura alla funzione”*, in www.dirittoequestionipubbliche.org, fasc. 2, 2016, 170-171.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ *Ibidem.*

del significato e delle norme e dei fatti, rilevanti per i casi difficili e nei ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale»²⁷⁶.

Prima di concludere, si deve accennare all'argomento principale a sostegno dell'ipotesi della laicità come 'carattere': la nota vaghezza, ampiezza, polisemia e generale indeterminatezza del concetto, contribuiscono potentemente ad attribuire alla laicità il ruolo di «sfondo, ad esprimere in modo compendioso il carattere complessivo e più profondo di un ordinamento giuridico-penale nei confronti dei vari sistemi assiologici cui esso necessariamente attinge nella produzione delle sue norme»²⁷⁷. Certamente è vero che il principio di laicità si presenta a prima vista come oscuro e indeterminato, ma è compito del penalista "accendere la luce" e rendere più chiari i concetti: giurisprudenza, dottrina, e magari finalmente il legislatore, dovrebbero sforzarsi di individuare un nucleo di significati univoci del principio di laicità, più di quanto hanno fatto finora²⁷⁸. Ma gli operatori del diritto soprattutto dovrebbero cominciare ad applicare il principio di laicità in maniera molto più intensa e frequente.

Questo è ciò che ci si auspica per il futuro, affinché la laicità non rimanga «un'eterna Calipso», una bellissima e inarrivabile dea, che resta sull'isola di Ogigia per secoli, in attesa che qualche eroe (il giurista) si ricordi di lei e vada a farle visita.

In conclusione, *rebus sic stantibus*, per il ruolo prescrittivo del principio di laicità all'interno dell'ordinamento penale, visti i rapporti fra il principio di laicità e gli altri principi, considerate le vincolanti interpretazioni della laicità da parte della Consulta, si ritiene più opportuno e coerente qualificare oggi il principio di laicità come un principio superiore ed esterno a tutti gli altri principi, e che al tempo stesso li ricomprende orientandone l'interpretazione, anziché come un mero carattere dotato unicamente di capacità descrittiva, o un 'ibrido' che è al tempo stesso 'carattere' e 'principio autonomo':

²⁷⁶ F. BELVISI, *Principi costituzionali: "dalla struttura alla funzione"*, cit., 162.

²⁷⁷ Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 12 ss.; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, cit. (nota 114), 438.

²⁷⁸ Ad esempio, la dottrina penalistica potrebbe cominciare con l'inserire nei manuali di diritto penale, fra i principi costituzionali in materia penale, il principio di laicità: per ora, a quanto risulta, solo il manuale S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Diritto Penale*, PG, Il Mulino, 2007, 225 ss., ha compiuto tale scelta.

un *meta-principio pre-normativo* e fondante dunque, con capacità prescrittiva anche autonoma, soprattutto in materia di religione ed etica²⁷⁹.

²⁷⁹ Nella dottrina penalistica, C. E. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1160; *Contra*, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 142 ss.; L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali*, cit. (nota 260), 18 ss.; A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 82 ss.

CAPITOLO III LA LAICITÀ IN EUROPA

1. La laicità nei paesi europei

Nei precedenti capitoli, si sono illustrati quali sono i profili del modello di laicità accolto nell'ordinamento italiano. Ora ci si chiede a quale modello di laicità fanno riferimento l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa: due organizzazioni internazionali di cui l'Italia fa parte, e dalle quali oggi non si può prescindere nelle analisi giuridiche, vista l'enorme importanza gerarchica e numerica che hanno le loro norme per il nostro paese.

Tuttavia dal momento che, come ha osservato Canestrari, «*occorre tenere presente che il principio di laicità si caratterizza per essere il riflesso delle esperienze storiche che ciascun paese ha vissuto*»²⁸⁰, si ritiene utile anteporre una rapida analisi sui modelli di laicità accolti in alcuni paesi europei particolarmente significativi ai fini del presente elaborato.

1.1 La laicità in Francia

«*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*»²⁸¹. Così comincia la Costituzione francese del 1958, oggi in vigore, e che pertanto rende la Francia un paese a laicità costituzionale²⁸².

La laicità Francese, a cui si è già accennato nei primi capitoli, intende proteggere le istituzioni repubblicane (e il principio di laicità che incarnano), da possibili ingerenze esterne, attraverso una forma di «*neutralità attiva*» dello Stato, definibile come «*laicità militante*» («*laïcité de combat*»): da un lato, lo Stato non riconosce, favorisce o sovvenziona alcun culto (laicità come separazione), e dall'altro viene escluso nei luoghi pubblici ogni riferimento a specifiche fedi o simboli religiosi (laicità come neutralità)²⁸³.

²⁸⁰ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 161.

²⁸¹ Art. 1: «*La Francia è una repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale*». Costituzione Francese consultabile al sito www.assemblee-nationale.fr.

²⁸² Cfr. *ex multis* P. CAVANA, *I segni della discordia: laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, 2004; B. NACIMBENE, *Laicità francese, stranieri e cittadini*, in AA.VV., *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, op.cit. (nota 102), 225 ss.; A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 55 ss.

²⁸³ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 55-56. La neutralità degli spazi pubblici è talmente ampia che proibisce anche ai dipendenti pubblici di esibire simboli religiosi.

Come si vede, il tratto caratterizzante la laicità francese è il fatto che essa diventa strumentale a difendere sé stessa. Infatti, soprattutto negli ultimi anni sono aumentati gli interventi legislativi volti ad ottenere una sempre maggiore neutralità dello Stato, a discapito della libertà di espressione e di religione²⁸⁴: un vero e proprio laicismo o ateismo di Stato, che non si estrinseca in una mera indifferenza rispetto al fenomeno religioso, ma lo combatte e lo confina nello spazio privato²⁸⁵.

1.2 La laicità in Turchia

La costituzione Turca all'art. 2 prevede che: «*The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law*»: il termine usato in lingua originale è 'laik', meglio traducibile con 'laico', se non 'laicista'²⁸⁶. Come si vede, anche la Turchia è uno Stato a laicità costituzionale: un'autentica eccezione fra i paesi di tradizione giuridica islamica²⁸⁷.

Il principio supremo di laicità dello Stato turco, oltre ad essere imm modificabile, come per lo Stato francese prevede una netta separazione del potere statale da quello religioso, e una rigorosa neutralità degli spazi pubblici, fino al limite di impedire una qualsiasi manifestazione di religiosità in pubblico²⁸⁸. La Turchia, dopo la rivoluzione degli anni '20 dei 'giovani turchi' di Kemal Atatürk, ha cominciato ad attuare un modello di laicità militante, per impedire un ritorno dello Stato teocratico. Tuttavia proprio per la sua tradizione islamica, tutt'oggi continua ad offrire forti privilegi all'Islam quale religione della maggioranza: il suo insegnamento è obbligatorio, e gli imam sono stipendiati dallo Stato²⁸⁹.

Come è noto, la Turchia sta attraversando oggi una fase turbolenta e ambigua: il disinteresse per i diritti umani, la censura, e il ritorno ad un forte attaccamento religioso nella sfera pubblica, unitamente soprattutto all'autoritarismo della politica di Erdogan,

²⁸⁴ Si pensi alla l. 228/2004 la quale ha introdotto il divieto per gli studenti di indossare simboli religiosi o alla l. 1192/2010 concernente il divieto di indossare il velo integrale nei luoghi pubblici

²⁸⁵ Qualcuno ha parlato di 'Stato Agnostico', così J. WEILER, *Un'Europa cristiana*, BUR, 2003, 58.

²⁸⁶ Costituzione ufficiale consultabile in lingua originale e in lingua inglese al sito www.tbmm.gov.tr.

²⁸⁷ L'altra eccezione è costituita dal Libano, afferma A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. (nota 46), 38.

²⁸⁸ In scuole, università e, più in generale, luoghi istituzionali è proibito indossare abiti religiosamente orientati.

²⁸⁹ C. M. CASTELLANI – D. GALLO, *Turchia e laicità: una chimera?*, in www.olir.it, 2.

rappresentano passi indietro per la democrazia e la laicità dello Stato²⁹⁰. Pertanto, in attesa della promulgazione della riforma costituzionale permessa dal tanto discusso referendum del 16 aprile 2017, al momento non è dato sapere come materialmente sarà la nuova Costituzione turca²⁹¹. Si può tuttavia legittimamente dubitare che il passaggio ad una repubblica presidenziale con a capo Erdogan, rappresentante del partito islamico-conservatore, possa portare a seri benefici per la laicità del paese e, infatti, già si vedono le prime tracce del declino²⁹².

1.3 La laicità in Germania

La Germania, non è un paese a laicità costituzionale²⁹³, ma è solidamente laico. Esso non sostiene una laicità che azzeri ogni differenza, bensì una laicità neutrale che non tollera l'adesione di Stato a un'ideologia, e che permette la libera determinazione²⁹⁴.

I singoli Länder hanno la possibilità di introdurre discipline differenti in tema di simboli religiosi in spazi pubblici²⁹⁵, e il già citato 'modello bavarese' per la risoluzione del tema del crocifisso nelle aule scolastiche, è un esempio di metodo laico.

L'idea tedesca di laicità, si presenta anzitutto come 'aconfessionalità' dello Stato. Si respinge la caratterizzazione in senso 'laicista' di neutralità come assoluto divieto di identificazione con alcuna religione o ideologia, propendendo invece per la raffigurazione

²⁹⁰ C. M. CASTELLANI – D. GALLO, *Turchia e laicità: una chimera?*, cit. (nota 289), 3.

²⁹¹ Per una interessante e sommaria analisi dei vari aspetti del referendum, v. 'Referendum costituzionale del 2017 in Turchia', in www.wikipedia.org.

²⁹² 'E in Turchia arrivano gli autobus per sole donne' in www.lastampa.it del 25/08/2017; L'eredità della Secular Conference 2017: la libertà dalla religione come diritto umano, in www.repubblica.it/micromegaonline, in special modo l'intervista a Zehra Pala, la quale ha illustrato come la Turchia oggi abbia «ristretto le libertà di espressione soprattutto nei confronti delle donne. Se giri per la strada con i pantaloncini rischi le botte perché i fondamentalisti ti attaccano; se vai alla polizia a denunciare le violenze ti viene detto che sei contro l'islam, visto come ti comporti, e quindi non ti difendono. Nel mio paese c'è una forte pressione sia in famiglia che a scuola affinché tu stia dentro una gabbia ideologica. Oggi a scuola, sin dalle elementari, viene insegnata la jihad e si è deciso eliminare dai programmi la teoria darwiniana dell'evoluzione perché si tratta di una visione laica». Emblematico il fatto che pochi giorni dopo il Golpe del 2016, il Parlamento turco ha sospeso l'adesione alla CEDU.

²⁹³ È possibile consultare la Costituzione tedesca tradotta in italiano, in www.ospitiweb.indire.it.

²⁹⁴ Tutto ciò può comprendersi attraverso la lettura della famosa sentenza 'Ludin', decisione n. 2 BvR 1436/02 del 24 settembre 2003 (il cui testo si può rinvenire in www.bundesverfassungsgericht.de). Per un commento, cfr., tra gli altri, L. BETTI, *La questione del velo nella legislazione dei Länder tedeschi a seguito del "caso Ludin"*, in www.statoechiese.it, 2010, 1-22.

²⁹⁵ P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in www.olir.it, 2005, 11.

di una neutralità rispettosa, ‘precauzionale’ («vorsorgende Neutralität»)²⁹⁶. Lo Stato ha un dovere di salvaguardia della sfera religiosa e ideologica sia individuale, sia collettiva: in ogni caso tale ‘neutralità precauzionale’ non può costituire di per sé una ragione per giustificare un intervento in chiave restrittivo-proibizionista.

Il punto centrale delle elaborazioni della Corte costituzionale tedesca in tema di laicità, risiede nella logica del bilanciamento ragionevole tra i vari interessi in gioco, dal diritto fondamentale alla libertà religiosa garantito e tutelato dal ‘Grundgesetz’ (nella sua duplice valenza positiva –come libertà di manifestare il proprio credo - e negativa, come diritto a non subire condizionamenti di carattere religioso da parte di soggetti che, come i minori, stanno ancora sviluppando la propria personalità), al diritto all’educazione dei figli da parte dei genitori, fino alla neutralità dello Stato (nel senso sopra chiarito), ponendo sempre al centro il principio del pluralismo²⁹⁷.

Una laicità simile a quella italiana dunque, ma senza concessioni alla Chiesa cattolica.

1.4 La laicità in Spagna

La Spagna, dopo aver superato la dittatura Franchista, ha subito un processo di rapida laicizzazione, fino a pervenire negli ultimi anni ad un modello che in dottrina è stato definito ‘di rottura’: sintomatico di tale indirizzo è l’introduzione del matrimonio tra persone omosessuali nei primi anni 2000, nella tendenza a discipline liberali in tema di aborto, divorzio ed eutanasia, e nell’aver messo in discussione l’insegnamento scolastico pubblico della dottrina religiosa²⁹⁸.

Oggi la Spagna è un paese aperto al pluralismo di ideologie, fedi e culture, e che al contempo non dimentica il proprio speciale legame con il Cattolicesimo, a cui aderisce la maggioranza della popolazione²⁹⁹. Infatti la Costituzione spagnola del 1978³⁰⁰ riconosce la libertà religiosa e di culto, rifiuta lo Stato confessionale, promuove la cooperazione tra

²⁹⁶ Cfr. S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera? Relazione introduttiva*, in AA.VV., *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, op.cit. (nota 102), 1-26; G. MANFRINI, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 259), 56.

²⁹⁷ P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit. (nota 295), 13-14.

²⁹⁸ L. PEGORARO - E. D. COSIMO - S. PENNICINO - S. RAGONE, *Laicità, eguaglianza, etica. Recenti tendenze nella legislazione e nella giurisprudenza di alcune corti europee ed extraeuropee*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, op.cit. (nota 11), 212 ss.

²⁹⁹ *Ibidem*;

³⁰⁰ La sua traduzione in italiano è consultabile in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

istituzioni e confessioni religiose e riconosce lo speciale rapporto con la Chiesa cattolica, disciplinato per via pattizia³⁰¹.

La Corte costituzionale spagnola ha espressamente sancito l'aconfessionalità dello Stato e un principio di neutralità dei pubblici poteri in materia religiosa, con la finalità di garantire la convivenza pacifica in una società aperta e pluralistica³⁰².

1.5 La laicità nel Regno Unito

È utile ricordare preliminarmente che il Regno Unito, insieme agli altri ordinamenti di *common law*, riconosce un ruolo preminente alla giurisprudenza rispetto al legislatore, e che questo Stato in particolare, nonostante sia considerato un unico soggetto dal punto di vista del diritto internazionale, è caratterizzato dalla presenza di più nazioni al suo interno, ognuna con differenti modelli di rapporti tra Stato e Chiesa e con diversi (parzialmente) ordinamenti giuridici³⁰³.

Nel Regno Unito, il concetto di 'laicità dello Stato' è praticamente sconosciuto, mentre si usa il termine '*secular*' o '*secularity*', per indicare la competenza del magistrato o funzionario pubblico, ad occuparsi delle sole questioni di natura mondana, temporale, sulla base di un insegnamento di John Locke³⁰⁴: il magistrato non può interpretare i simboli religiosi poiché, nel linguaggio del celebre filosofo inglese, si tratta di «*cose indifferenti*» che rientrano nella sfera religiosa dei privati, e che pertanto non possono essere imposti o proibiti³⁰⁵. Il Regno Unito, concede ampi spazi alla libertà religiosa, in quanto riconosce la radicale incompetenza dello Stato in tale materia, e tutela le religioni come società libere e volontarie, nelle quali gli uomini «*si riuniscono spontaneamente*

³⁰¹ L. PEGORARO - E. D. COSIMO - S. PENNICINO - S. RAGONE, *Laicità, eguaglianza, etica. Recenti tendenze nella legislazione e nella giurisprudenza di alcune corti europee ed extraeuropee*, cit., 213; v. per approfondimenti, J. DE ESTEBAN - P.J. GONZALEZ TREVIJANO, *Curso de derecho Constitucional*, vol II, 55 ss.

³⁰² Così nelle sentenze nn. 24/1982; 340/1993; 177/1996 e in altre successive, citate in L. PEGORARO - E. D. COSIMO - S. PENNICINO - S. RAGONE, *Laicità, eguaglianza, etica. Recenti tendenze nella legislazione e nella giurisprudenza di alcune corti europee ed extraeuropee*, cit. (nota 298), 214.

³⁰³ V., A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Giuffrè, 2012 (nota 100), e letteratura ivi citata.

³⁰⁴ J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, 1689.

³⁰⁵ P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit. (nota 295), 14.

per onorare pubblicamente Dio, nel modo che credono sarà accetto alla divinità, per ottenere la salvezza dell'anima»³⁰⁶.

Il fatto che vi sia una religione ufficiale (la Chiesa anglicana in Inghilterra e quella presbiteriana in Scozia), e la Regina ne sia a capo, è per lo più un fatto simbolico³⁰⁷, che tuttavia produce alcuni privilegi: si pensi al fatto che solo la bestemmia nei confronti della religione cristiana è punita³⁰⁸.

C'è chi in dottrina ha parlato di 'modello intermedio'³⁰⁹ a laicità flessibile', che riconosce i diritti religiosi in materie riguardanti lo statuto personale (matrimonio, educazione dei figli) e che, nonostante la Chiesa di Stato, non permette discriminazioni, visto che ormai la società è definitivamente multietnica e multireligiosa³¹⁰.

2. La laicità nell'Unione Europea

Ora che si è visto come in Europa esistano diversi modelli di laicità, si può comprendere come sia complesso per istituzioni sovranazionali largamente partecipative, come l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa, elaborare un modello di laicità di sintesi e che esprima quindi un principio su cui tutti i paesi possano essere concordi.

Per quanto riguarda l'Unione Europea, qualche anno fa, a seguito di un acceso dibattito, si è deciso di non inserire nel preambolo del '*Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*', il riferimento alle radici cristiane dell'Europa³¹¹. Come noto, la Costituzione Europea non andò in porto e molte statuizioni confluirono poi nel Trattato di Lisbona il cui preambolo ora riporta: *«ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e*

³⁰⁶ J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, (1689) a cura di C.A. Viano, Laterza, 2003, 11 ss.

³⁰⁷ V. MORERO, *Laicità al plurale*, Vita e Pensiero, 2002, 46

³⁰⁸ '*Laicità in Europa*' in www.uaar.it; sulla '*Blasphemy*' v. A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, cit. (nota 303), 31 ss. e letteratura ivi citata.

³⁰⁹ Intermedio tra la laicità francese e la laicità compromissoria italiana (con riferimento ai simboli religiosi, l'Italia nonostante predichi laicità, e separazione fra Stato e Chiesa, concede attualmente un riconoscimento al Cattolicesimo quale segno identitario e culturale del paese).

³¹⁰ R. DE VITA - F. BERTI - L. NASI, *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, FrancoAngeli, 2005, 40.

³¹¹ Per una sintesi v. O. FUMAGALLI CARULLI, *Costituzione europea, radici cristiane e Chiese*, in www.olir.it, 2005

inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, e dello Stato di diritto»³¹².

Ma al di là di questo aspetto, all'interno dei Trattati istitutivi – che costituiscono il c.d. 'diritto primario' – non è presente espressamente il principio di laicità, quindi si dovranno analizzare le norme e i principi europei per comprendere il modello di laicità adottato dall'UE.

L'art. 17 TFUE prevede che: *«1. L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale. 2. L'Unione rispetta ugualmente lo status di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali. 3. Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni»*. Tale articolo è fondamentale ai nostri fini, in quanto mostra come l'Unione:

- Adotti un modello di laicità rispettoso dei rapporti fra i singoli paesi e le confessioni religiose;
- Intenda il fenomeno religioso in senso ampio, e quindi inclusivo anche delle componenti atee e agnostiche;
- Istituzionalizzi *«un dialogo aperto, trasparente e regolare»* con organizzazioni confessionali e non.

Quindi l'UE non adotta un modello di laicità separatista e neutralizzante alla francese, bensì un modello neutrale e inclusivo che in ogni caso, essendo proprio di una istituzione sovranazionale, dichiara di voler rispettare la laicità così come intesa da un determinato paese.

In linea con questo tipo di laicità è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che all'art. 10 – intitolato '*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*' – prevede che: *«Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in*

³¹² Il Testo del Trattato di Lisbona, e degli altri Trattati dell'UE, sono consultabili su eur-lex.europa.eu

pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti».

Secondo quanto emerge dai Trattati dell'UE, sembra delinearsi dunque un modello di laicità pluralista e inclusiva, dove vengono rispettate tutte le religioni e le convinzioni su un piano di parità. Allo stesso tempo, si riconoscono e si valorizzano le tradizioni dei paesi membri, e si incoraggia il dialogo con le confessioni religiose. Tutto questo va letto unitamente al riconoscimento dell'ampio diritto alla libertà di religione e di coscienza garantito dalla Carta di Nizza del 2000.

Rilevante è la scelta di equiparare formalmente le entità religiose e quelle a religiosità negativa: non era possibile fare il contrario per coerenza con i principi di uguaglianza e non discriminazione, alla base del diritto dell'UE, ma si è deciso di non imporlo agli Stati membri per via dell'incompetenza dell'UE in materia religiosa.

Quanto al dialogo con organizzazioni confessionali e non, previsto dal terzo comma dell'art. 17 TFUE, il Trattato non fa altro che formalizzare ciò che di fatto esiste già da molti anni: sono presenti diversi organismi rappresentativi di confessioni a Bruxelles, tra cui la Conferenza delle Chiese europee (KEK), il Consiglio delle Conferenze episcopali d'Europa (CCEE) e la Commissione degli episcopati della Comunità Europea (Comece)³¹³.

Infine si deve rilevare come il Parlamento Europeo utilizzi spesso lo strumento della risoluzione per affrontare tematiche eticamente sensibili (aborto, fecondazione assistita, matrimonio omosessuale, eutanasia, ecc.). Ad esempio, la risoluzione del 12 marzo 2015³¹⁴, afferma che il Parlamento incoraggia gli Stati membri:

- *«a contribuire ulteriormente alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili»* (par. 162);
- *«a garantire procedure rapide, accessibili e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione»* (par. 163);

³¹³ P. G. CASALENA, *Il principio di laicità nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in www.Oikonomia.it, 2015.

³¹⁴ Consultabile in italiano in www.europarl.europa.eu.

- a riconoscere i diritti delle donne all'autonomia decisionale «*per quanto concerne, tra l'altro, il diritto di accedere alla pianificazione familiare volontaria e all'aborto sicuro e legale*» (par. 136).

C'è chi ha criticato fortemente questo genere di richieste agli Stati in temi eticamente sensibili da parte del Parlamento Europeo³¹⁵, ma in verità l'unica critica che si può muovere all'Unione Europea è l'utilizzo di uno strumento giuridico non vincolante come la risoluzione: se si vuole veramente essere «*Uniti nella diversità*» e non solo essere uniti nel mercato, nella moneta e in una miriade di normazioni di dettaglio, non dovrebbero più esistere discipline differenziate in materie basilari come procreazione, adozione e matrimonio³¹⁶.

3. La laicità per la CEDU

Nel 1950, nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata adottata la '*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*' (CEDU): un testo importantissimo per la protezione dei diritti umani e dotato di un organo giurisdizionale permanente in grado di darne attuazione, con sede a Strasburgo. La CEDU è espressione della volontà degli Stati di porre i diritti umani e le libertà come base condivisa per un'idea archetipica di Stato moderno e democratico³¹⁷.

³¹⁵ «*L'attacco alla famiglia (e alla vita) dimostra che, dietro il paravento di una presunta laicità pluralista e dialogante, l'Unione europea, la cui legittimazione democratica è alquanto discussa porti avanti in realtà un progetto laicista che mira a indebolire, se non a distruggere, l'identità religiosa, specie quella cristiana. Questa visione radicale della laicità, che privilegia il riconoscimento illimitato dei diritti individuali in nome della assoluta libertà di coscienza, è comunemente nota come "dittatura del relativismo" ed è stata più volte denunciata da Benedetto XVI. La vera laicità, ci insegna Papa Ratzinger, ha bisogno della trascendenza: è quella che non si limita a tollerarla, ma anzi la promuove senza pretendere che i credenti rinuncino a professare pubblicamente la propria fede. È anche vero, d'altra parte, che la visione religiosa deve abbandonare ogni tentazione fondamentalista; la religione cerca di proporre la sua verità ma non può avere la pretesa, nell'ambito di un contesto pluralistico, che questa venga recepita dallo Stato*». Così P.G. CASALENA, *Il principio di laicità nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit.

³¹⁶ G. B. VARNIER, *Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'UE*, in *Studi Urbinati* (www.ojs.uniurb.it), 2014, 407.

³¹⁷ '*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*', in www.wikipedia.org.

In questo archetipo di Stato delineato dalla CEDU manca un esplicito riferimento al principio di laicità ma, come ormai dovrebbe essere chiaro, la formale omissione del principio di laicità non equivale a escluderlo³¹⁸.

L'art. 9 CEDU (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione) recita: «*Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui*»³¹⁹. Come si vede, le limitazioni possono esserci solo per le manifestazioni esterne delle libertà: un altro modo per esprimere il principio del rispetto del pluralismo, la libertà di manifestazione del pensiero (insieme all'art. 10 CEDU) e il principio di materialità.

Oltre a tutte le norme riguardanti direttamente la libertà di religione e il fenomeno religioso, si devono segnalare anche la libertà di riunione (art. 11), l'obbligo di rispetto per la vita privata e familiare (art. 8), la libertà di sposarsi (art. 12), il diritto dei genitori di educare i propri figli in base al proprio orientamento religioso (art. 2 del Primo Protocollo Addizionale del 1952): questo *corpus* di norme concorre a delineare il modello di laicità assunto dalla CEDU³²⁰.

Questo modello di laicità è anche tratteggiato da quei principi in materia di diritto penale presenti all'interno della CEDU: oltre ai già citati principi di materialità (artt. 7 e 9) e di legalità (art. 7), autentici pilastri laici dello '*ius puniendi*' come si è illustrato nel capitolo precedente, vengono previsti i divieti di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il divieto di pena di morte (protocollo n. 13) e anche principi di diritto processuale penale di particolare importanza (artt. 5, 6, 13 e protocollo n. 7). Come si vede la CEDU

³¹⁸ F. ALICINO – C. CIOTOLA, *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, Aspes, 2012, 43.

³¹⁹ Il testo della Convenzione in Italiano è rinvenibile in www.echr.coe.int.

³²⁰ F. ALICINO – C. CIOTOLA, *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, cit., 45.

disegna un modello di diritto penale non teocratico e che mette al centro la persona: un diritto penale laico in senso etimologico e nel senso di aconfessionale (o autonomo).

A partire dagli anni 90' la Corte EDU, è intervenuta più volte per determinare i contorni giuridici del modello di democrazia laica che si desume dalla Convenzione, ma il problema di conciliare i modelli di laicità di 47 paesi, ha indotto i giudici di Strasburgo a giustificare molte "azioni poco laiche" dei paesi aderenti alla CEDU, usando la nota tecnica del 'margine di apprezzamento'³²¹. Secondo questa dottrina, gli Stati membri avrebbero, per ragioni di tutela dell'ordine pubblico, della democrazia e della sicurezza, un certo margine di manovra nelle limitazioni dei diritti garantiti dalla CEDU³²². Questi riferimenti così generici hanno permesso ai giudici di Strasburgo di allargare e restringere a piacimento i confini di questi margini di apprezzamento³²³. Tutto ciò ha fatto parlare la dottrina di una laicità altalenante della Corte EDU³²⁴, e di rinuncia di questa «all'ambizione di fissare un livello minimo apprezzabile ed effettivo di tutela della laicità e della libertà religiosa in ambito europeo»³²⁵.

Per un migliore inquadramento del modello di laicità a cui la CEDU aderisce, non si può pertanto prescindere dall'analizzare, e lo si farà nel corso dei successivi sottoparagrafi, alcuni significativi casi giurisprudenziali nell'ambito della Corte EDU.

3.1 Caso 'Refah Partisi and others v. Turkey'.

La pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso 'Refah Partisi and others v. Turkey'³²⁶ è particolarmente significativa ai fini dell'elaborato, poiché vi è stata una presa di posizione da parte dei giudici di Strasburgo sul principio di laicità quale principio costituzionale nazionale.

³²¹ F. ALICINO – C. CIOTOLA, *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, cit., 46-47.

³²² Sul margine d'apprezzamento v. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il mulino, 2007, 145 ss.

³²³ F. ALICINO – C. CIOTOLA, *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, cit., 47-48.

³²⁴ F. ALICINO – C. CIOTOLA, *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, cit., 49.

³²⁵ N. FIORITA, *L'insostenibile leggerezza della laicità italiana*, in www.statoechiese.it, 2011, 4-5.

³²⁶ Decisione della Grande Camera del 13 Febbraio 2003 sui ricorsi n. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98 depositati alla Commissione il 22 maggio 1998. Tutte le decisioni sono consultabili sul sito del Consiglio d'Europa, hudoc.echr.coe.int.

Il ‘*Refah Partisi*’ (letteralmente «*Partito della Prosperità*») era stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale turca (con sentenza emessa il 16 gennaio del 1998) e quindi sciolto, con la motivazione che detto partito costituisse centro di attività contrarie al principio di laicità. Contro tale decisione, i dirigenti del Refah Partisi avevano quindi presentato ricorso dinanzi alla Corte EDU, lamentando indebite ingerenze dello Stato turco nell’esercizio delle libertà associative e di culto.

Evitando di commentare i numerosi profili della sentenza, quello che è interessante rilevare, è la circostanza che la Corte EDU abbia voluto esprimersi in senso critico circa la compatibilità tra ordinamenti giuridici fondati sulla legge islamica e la democrazia, e quindi con la stessa Convenzione: la Corte europea afferma che la democrazia è la sola forma di Stato compatibile con la CEDU, essendo necessario il rispetto del pluralismo politico e partitico e religioso, imponendosi dunque allo Stato una posizione di neutralità, con divieto di pronunciarsi sulla legittimità o meno delle convinzioni religiose³²⁷.

L’aspetto di maggior complessità in questa decisione è rappresentato dal delicatissimo giudizio, ad opera della Corte di Strasburgo sul programma del ‘*Refah Partisi*’. La Corte precisa subito che un partito che si ispiri a valori dettati da una confessione religiosa non può dirsi, solo per questo, antidemocratico e contrario alle norme previste dalla Convenzione³²⁸.

In merito al progetto, presente nel programma del ‘*Refah Partisi*’, di istituire un «*sistema multigiuridico a base religiosa*», la Corte EDU rileva come un sistema così strutturato sarebbe di per sé contrario alla Convenzione per due ragioni: «*Firstly, it would do away with the State’s role as the guarantor of individual rights and freedoms and the impartial organiser of the practice of the various beliefs and religions in a democratic society, since it would oblige individuals to obey, not rules laid down by the State in the exercise of its above-mentioned functions, but static rules of law imposed by the religion concerned*» (e quindi si perderebbe l’autonomia nelle valutazioni giuridiche tipica del principio di laicità); «*[...] Secondly, such a system would undeniably infringe the principle of non-discrimination between individuals as regards their enjoyment of public freedoms, which*

³²⁷ ECHR, *Grand Chamber, case ‘Refah Partisi v. Turkey’*, cit. (nota 326), §§ 86-91.

³²⁸ ECHR, *Grand Chamber, case ‘Refah Partisi v. Turkey’*, cit. (nota 326), §100: «*[...] a political party animated by the moral values imposed by a religion cannot be regarded as intrinsically inimical to the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention*».

is one of the fundamental principles of democracy. A difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention»³²⁹.

Quanto al progetto di introdurre la *Sharī'a*, la Corte rileva perentoriamente che essa è incompatibile con la democrazia e con i valori stabiliti dalla Convenzione: i giudici di Strasburgo mettono in evidenza soprattutto il fatto che le regole di diritto penale sostanziale e processuale, la condizione giuridica della donna, e l'intervento dello Stato nella sfera religiosa privata sono disciplinate in maniera opposta dalla Convenzione e dalla *Sharī'a*³³⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo al termine del giudizio rigetta il ricorso presentato dai membri del *Refah Partisi*, ritenendo quindi lecito lo scioglimento del partito ad opera della Corte costituzionale turca e ravvisando in esso una ontologica contrarietà al principio di democrazia³³¹.

Nonostante non sia stato menzionato dai giudici di Strasburgo si potrà concordare che è possibile parlare di una laicità europea qualificabile come 'rifiuto dei regimi teocratici', 'autonomia nelle valutazioni giuridiche', 'rispetto del pluralismo' e 'rispetto dei diritti dell'uomo e dei principi della democrazia'.

3.2 Caso 'Leyla Şahin v. Turkey'

La pronuncia della Corte EDU nel caso '*Leyla Şahin v. Turkey*'³³², riguardante una studentessa di medicina che decise di fare ricorso contro il regolamento della sua

³²⁹ ECHR, *Grand Chamber*, case '*Refah Partisi v. Turkey*', cit. (nota 326), §119.

³³⁰ ECHR, *Grand Chamber*, case '*Refah Partisi v. Turkey*', cit. (nota 326), §123: «[...] sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention. [...] sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. [...] In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention».

³³¹ ECHR, *Grand Chamber*, case '*Refah Partisi v. Turkey*', cit. (nota 326), §131.

³³² ECHR, *Grand Chamber*, case '*Leyla Şahin v. Turkey*', application no. 44774/98, judgment 10 november 2005.

Università (a Istanbul), che le vietava di indossare il foulard islamico all'interno delle aule universitarie³³³, è molto significativa ai nostri fini perché sul tema dell'ostentazione di simboli religiosi vi è stato un ampio dibattito in Europa, e quindi risulta molto interessante verificare se possono conciliare 'laicità protetta/militante/neutralizzante' (che dir si voglia), con i diritti e le libertà garantite dalla CEDU³³⁴.

Partendo dalle conclusioni della sentenza, secondo la Corte Europea, il divieto di indossare il velo all'interno dei locali dell'università perseguirebbe lo scopo di tutelare la pacifica convivenza fra diversi gruppi religiosi: in particolare il divieto risponderebbe a quelle eccezioni *ex art. 9.2 CEDU* sulle quali gli Stati avrebbero ampi margini di apprezzamento, e in base alle quali sono legittime limitazioni alle manifestazioni in pubblico della propria libertà di religione³³⁵.

La Corte europea ha analizzato la particolare concezione della laicità in Turchia (richiamando correttamente decisioni della Corte costituzionale turca), giudicandola compatibile con i valori proclamati dalla CEDU e ritenendo, visto il pericolo di un ritorno ad un regime teocratico, che un rafforzamento della laicità potrebbe apparire necessario, nel caso di specie, per proteggere il sistema democratico: la laicità pluralista, in un paese come la Turchia, per i giudici potrebbe portare a forti divisioni della società, con un conseguente pericolo per la democrazia, l'ordine pubblico e le libertà fondamentali³³⁶. Quindi il principio di laicità della Repubblica di Turchia è un presidio contro i fondamentalismi, a garanzia dei valori democratici di libertà ed eguaglianza, in rapporto ai quali la Corte ravvisa, nelle misure restrittive adottate, una proporzionalità e una necessità rispetto allo scopo di conservazione del sistema democratico.

3.3 Caso '*Lautsi v. Italy*'.

Il caso '*Lautsi v. Italy*' è stato probabilmente uno dei casi più interessanti e più dibattuti degli ultimi anni, sia in dottrina che in giurisprudenza ma anche nell'opinione pubblica,

³³³ «Divieto sancito in via amministrativa e giurisprudenziale», così S. MANCINI, *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, in AA.VV, *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, op.cit. (nota 11), 171.

³³⁴ A. DI BLASE, *I riferimenti alla laicità dello Stato nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul velo islamico: la sentenza sul caso Leyla Şahin*, in AA.VV, *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, op. cit. (nota 11), 137 ss.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ A. DI BLASE, *I riferimenti alla laicità dello Stato nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul velo islamico: la sentenza sul caso Leyla Şahin*, cit., 138 ss.

e non solo in Italia: basti pensare che prima di arrivare alla sentenza definitiva da parte della ‘*Grand Chambre*’ della Corte EDU, si è passati, nell’ordine, per TAR, Corte costituzionale, Consiglio di Stato e sezione semplice della Corte EDU.

Questo caso comincia con una semplice richiesta ad una scuola pubblica di Abano Terme, da parte di una cittadina italiana di origini finlandesi, *Soile Tuulikki Lautsi*, madre di due alunni, di togliere i crocifissi dalle aule frequentate dai figli. Senza ripercorrere la tortuosa storia giudiziaria di questo caso, segnata peraltro da «*sentenze sconcertanti*»³³⁷ o pilatesche, e di cui brevemente si è già parlato nel primo capitolo, è opportuno passare direttamente alle analisi della Corte EDU.

Il ricorso della signora Lautsi alla Corte, viene basato sull’art. 2 del primo Protocollo Addizionale alla Convenzione: «*Diritto all’istruzione: Il diritto all’istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell’esercizio delle funzioni che assume nel campo dell’educazione e dell’insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche*».

La sezione semplice della Corte europea dei diritti dell’uomo, stabili all’unanimità che l’Italia aveva violato l’art. 2 del Protocollo Addizionale e l’art. 9 CEDU³³⁸: in particolare la Corte ritenne che l’esposizione obbligatoria di un simbolo religioso in luoghi pubblici, e specialmente nelle classi scolastiche, limitasse il diritto dei genitori a educare i loro figli in conformità con le proprie convinzioni (art. 2) e violasse la libertà religiosa (negativa) degli stessi alunni (art. 9), e non osservando il dovere dello Stato di rispettare la neutralità nell’esercizio della funzione pubblica, violasse la democrazia e il pluralismo³³⁹.

³³⁷ S. MANCINI, *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, cit. (nota 333), 147.

³³⁸ ECHR, *Second Section, case ‘Lautsi v. Italy’*, application no. 30814/06, judgment 3 november 2009.

³³⁹ Cfr. ECHR, *Second Section, case ‘Lautsi v. Italy’*, cit., §§55-57: «[...] *The presence of the crucifix may easily be interpreted by pupils of all ages as a religious sign, and they will feel that they have been brought up in a school environment marked by a particular religion. What may be encouraging for some religious pupils may be emotionally disturbing for pupils of other religions or those who profess no religion. That risk is particularly strong among pupils belonging to religious minorities. Negative freedom of religion is not restricted to the absence of religious services or religious education. [...] Respect for parents’ convictions with regard to education must take into account respect for the convictions of other parents. The State has a duty to uphold confessional neutrality in public education, where school attendance is compulsory regardless of religion, and which must seek to inculcate in pupils the habit of critical thought. The Court cannot see how the display in stateschool classrooms of a symbol that it is reasonable to associate with Catholicism (the majority religion in Italy) could serve the educational pluralism which is*

Il governo italiano di allora (Berlusconi IV) fece prontamente ricorso in appello alla *Grand Chambre* la quale, pur riconoscendo il crocifisso come un simbolo religioso, ribaltò la sentenza di primo grado in quanto non ritenne sussistere elementi a sostegno dell'ipotesi che il crocifisso influenzerebbe i minori, non essendo sufficienti le lamentele della ricorrente³⁴⁰.

Il perno centrale su cui si sviluppano le argomentazioni della *Grand Chambre*, è in realtà rappresentato nuovamente dalla dottrina del margine d'apprezzamento: a fronte di un appassionato ricorso da parte del Governo italiano, sostenuto da numerosi altri governi dell'est Europa, la Corte EDU decide pilatescamente di "lavarsene le mani" dicendo che la decisione di perpetuare o meno una tradizione fosse rimessa al margine di apprezzamento degli Stati³⁴¹.

Il problema delle decisioni pilatesche, come è noto, è che si delega a qualcun altro l'incarico di decidere, con conseguenze che possono essere colte, dato che si è in tema, proprio osservando un crocifisso. Nel Caso *Lautsi* la dottrina del margine d'apprezzamento era poco indicata, in quanto la Corte EDU era in una posizione migliore per decidere sulla legittimità dell'affissione del crocifisso negli spazi pubblici, rispetto ad un governo o a un Parlamento condizionati dalle logiche maggioritarie, incrostazioni storiche e da vicinanze - non solo geografiche - col Vaticano: i diritti, per loro natura

essential for the preservation of "democratic society" within the Convention meaning of that term. [...] The Court considers that the compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority in relation to specific situations subject to governmental supervision, particularly in classrooms, restricts the right of parents to educate their children in conformity with their convictions and the right of schoolchildren to believe or not believe».

³⁴⁰ ECHR, *Grand Chamber*, case '*Lautsi v. Italy*', cit. (nota 338), §66: «[...] There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed. However, it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the State school formerly attended by her children a lack of respect on the State's part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions. Be that as it may, the applicant's subjective perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No. 1».

³⁴¹ ECHR, *Grand Chamber*, case '*Lautsi v. Italy*', cit. (nota 338), §§67-68: «The Government [...] explained that the presence of crucifixes in State-school classrooms, being the result of Italy's historical development, a fact which gave it not only a religious connotation but also an identity-linked one, now corresponded to a tradition which they considered it important to perpetuate. [...] The Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State».

contro-maggioritari, sono sicuramente meglio bilanciabili da una Corte esterna piuttosto che dalle autorità nazionali³⁴².

Con tale decisione in realtà la Corte EDU si è schierata con quella parte della giurisprudenza e della politica che vuole distorcere la laicità in modo da privilegiare la Chiesa cattolica. La laicità italiana invece, non è privilegiare il culto della maggioranza ma l'adozione di un metodo che rifletta il pluralismo.

Le considerazioni sull'affissione del crocifisso negli spazi pubblici sono già state fatte nel primo capitolo (paragrafo terzo), e non c'è ragione di ripetersi. Opportuno invece riportare ciò che ha scritto un'autorevole dottrina: *«La realtà è che Lautsi si pone su di una linea di continuità rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, volta a legittimare restrizioni importanti ai diritti fondamentali pur di salvaguardare la libertà delle maggioranze cristiane (Otto Preminger, Wingrove), e assai meno benevola nei confronti delle minoranze ideologiche e religiose, in particolare islamiche (Karandum, Dahab, Sahin, Dogru, Kervanci). Costruendo la Cristianità come elemento strutturale, ma anche escludente, della democrazia, la Corte non inventa certo nulla di nuovo, ma asseconda, e questo è grave, la deriva identitaria che sta travolgendo l'Europa e di cui la nuova costituzione clerico-fascista ungherese non costituisce che la punta dell'iceberg. Lautsi è in fondo solo un triste riflesso della crisi del progetto europeo e delle sue aspirazioni universalistiche»*³⁴³.

Se la Corte EDU finisce per accogliere ogni ragione addotta dai governi nazionali in ambito religioso optando per un sostanziale *self-restraint*, allora il principio di laicità nella CEDU non riesce ad andare al di là dei contenuti minimi e può essere definito, in omaggio a Zygmunt Bauman, come un '*principio liquido*' che cambia significati a seconda del contenitore in cui è versato³⁴⁴.

Nonostante questa inafferrabilità del principio di laicità nella CEDU, è importante ricordare che nel 1989 la Corte di Strasburgo, con la celebre ed epocale sentenza

³⁴² S. MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, in www.forumcostituzionali.it, 1.

³⁴³ S. MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, cit., 2-3.

³⁴⁴ Cfr. N. FIORITA, *Il crocifisso da simbolo confessionale a simbolo neo-confessionista*, in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo, Giuffrè, 2006, 205; S. MANCINI, *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, cit. (nota 333), 150; i quali chiaramente riprendono il concetto di 'liquido' da Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2011.

Dudgeon, ha abrogato il reato di omosessualità nel Regno Unito giudicandolo un'ingerenza nella sfera personale dell'individuo: una chiara applicazione del principio di laicità in ambito penale.

PARTE SPECIALE

CAPITOLO IV IL PRINCIPIO DI LAICITÀ IN CONCRETO: FRA RELIGIONI, MORALI E VISIONI DEL MONDO

1. I reati contro il sentimento religioso

I reati in tema di religione sono il “biglietto da visita” dei legislatori penali, in quanto contribuiscono significativamente a caratterizzare i tratti ideologici di un ordinamento penale³⁴⁵. Questa categoria di reati infatti, storicamente muta col mutare dei rapporti tra la religione e lo Stato, in quanto ad essi strettamente connessi³⁴⁶.

«Sul piano della teoria generale del diritto penale, la materia della tutela penale della religione si presta come poche altre a "testare" i limiti dell'intervento penale: siamo infatti in una zona di confine, nella quale è controvertibile, e controverso, se e in quale misura possa addentrarsi la legislazione penale statuale»³⁴⁷.

Nel periodo più glorioso dell'epoca romana, il vasto pluralismo religioso e culturale esistente in tutto il territorio della Repubblica, necessitava di una forte tolleranza per evitare la divisione dell'impero in mille frammenti. Chiaramente, i culti stranieri venivano ammessi solo se non comportavano un pericolo sociale e politico³⁴⁸. Il diritto romano dell'epoca infatti, non conosceva delitti di religione come noi li conosciamo oggi, e demandava alla vendetta divina la punizione delle ingiurie alle divinità. Nella fase finale dell'impero romano d'occidente, esso, assunta come religione di Stato il Cristianesimo, al fine di proteggere quest'ultimo dall'eresia e dall'apostasia, introduce il ‘*crimen lesae majestatis divinae*’ che comprendeva la bestemmia³⁴⁹.

³⁴⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, Zanichelli, 2012, 449.

³⁴⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, Giuffrè, 2008, 218; Cfr. G. FLORA, *La tutela penale del “fatto religioso” tra codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, 97.

³⁴⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Presentazione*, in *Trattato di diritto penale parte speciale*, vol.3, a cura di V. Mormando, Utet, 2005.

³⁴⁸ V. https://it.wikipedia.org/wiki/Religione_romana; Proprio per questi motivi il Cristianesimo ed altre sette religiose non erano tollerate in quel periodo.

³⁴⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. Vol. 1, cit., 219.

Queste incriminazioni permangono e si rafforzano nel Medioevo, dove gli eretici venivano messi al rogo e i bestemmiatori erano puniti talvolta anche con il taglio della lingua e con la pena di morte³⁵⁰.

Come si è visto nel primo capitolo, l'Illuminismo è poi lentamente riuscito ad espungere tali atrocità dai sistemi penali soprattutto nel XIX secolo.

In Italia, il codice Zanardelli del 1889, figlio di un'ideologia liberale, contemplava i reati contro il sentimento religioso nel titolo dei delitti contro le libertà e poneva tutte le religioni sullo stesso piano senza accordare privilegi al Cattolicesimo³⁵¹. Nella seconda metà dell'Ottocento infatti, la presenza di una religione di Stato quale quella dell'art. 1 dello Statuto Albertino, era considerata come mero atto di ossequio alla religione del monarca, incapace quindi di influenzare il codice Zanardelli³⁵².

Nel codice Rocco del 1930 emerge invece il principio confessionistico, che era stato espresso chiaramente nel 1929 dai Patti Lateranensi, con il duplice obiettivo di esaltare tali patti tra lo Stato e la Chiesa e di fondare l'unità morale e religiosa del paese sottolineandone i valori religiosi. Viene pertanto concessa una maggior tutela al Cattolicesimo sia qualitativamente, visto che all'art. 402 era punito il vilipendio della religione Cattolica e all'art. 724 la bestemmia contro la Divinità della religione di Stato³⁵³, sia quantitativamente, visto che all'art. 406 era accordata una tutela minore agli altri culti ammessi dallo Stato, diversi dal Cattolicesimo³⁵⁴. È possibile affermare quindi, che con il Codice Rocco si è passati ad un sistema penale di tipo semi-confessionale, dove il peccato è distinto dal reato ma la religione di Stato ha una posizione privilegiata, ed è

³⁵⁰ *Ibidem*

³⁵¹ F. ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Parte speciale.*, vol. 1, cit., 213-219.

³⁵² *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, 4ª Ed., Utet giuridica, 2012, 4086; P. SPIRITO, *Sentimento religioso (tutela del)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Istituto della enciclopedia italiana, 1992, 4.

³⁵³ Curioso quanto successo intorno all'articolo 724 c.p.: la Corte costituzionale con sentenza 18 ottobre 1995 n. 440, rilevando l'incostituzionalità della norma a causa della discriminazione che essa praticava fra Cattolicesimo e le altre religioni, anziché dichiararla interamente incostituzionale per contrasto con l'articolo 3 comma 1 Cost., la Corte ha solo estromesso le parole «*o i simboli o le persone venerati dalla religione dello Stato*», con il risultato però di ampliare le fattispecie coperte dall'articolo 724 c.p. e sostituendosi così al legislatore in materia penale violando l'art. 25 comma 2. La Corte Costituzionale ha istituito quindi una nuova figura di reato, sopravvissuta però solo pochi anni in quanto poi depenalizzata dal legislatore con il d.lgs. 30 Dicembre 1999 n.507: v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale 1*, cit. (nota 169), 86-87.

³⁵⁴ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, cit., 4086 ss.

tutelata come un patrimonio della collettività tale per cui un'offesa alla religione è considerata alla stregua di un'offesa allo Stato³⁵⁵.

Dal 1948, nonostante l'entrata in vigore della Costituzione italiana caratterizzata dal principio di laicità (artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20), dall'uguaglianza tra le persone di differenti fedi (art. 3) e tra le confessioni religiose (art. 8), Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Legislatore, nonostante i richiami da parte della dottrina e dei giudici di merito, rimasero inerti e lasciarono permanere la disparità di trattamento fino al 1995, quando la Corte costituzionale con una serie di sentenze investì tutti i reati in materia di religione dichiarando incostituzionale l'articolo 402 c.p.³⁵⁶ ed eliminando le differenze di trattamento fra le varie religioni parificando le sanzioni³⁵⁷.

Nel 2006 il legislatore interviene su tali reati prendendo atto degli interventi della Corte costituzionale, e "ripulisce" l'intero capo (a partire dalla rubrica) eliminando ogni riferimento alla religione dello Stato, sostituendo questo termine con «*confessioni religiose*». Un aspetto importante della l. 24 Febbraio 2006, n. 85 (Modifiche al Codice penale in materia di reati d'opinione) è il non aver ripristinato il reato di vilipendio diretto alla religione di cui al vecchio 402 c.p., e quindi risulta che solo un'offesa alla confessione religiosa attuata mediante vilipendio alle persone, alle cose, ai ministri del culto, e alle funzioni, è oggi perseguibile penalmente: le religioni non sono più oggetto autonomo di tutela penale³⁵⁸.

Guardando questa materia con le lenti del principio di laicità, si registra che evidenti discriminazioni tra il Cattolicesimo e le altre religioni ammesse, siano rimaste fino agli '90³⁵⁹. Ma al di là di queste considerazioni, ormai appartenenti alla storia del diritto

³⁵⁵ G. FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*, cit. (nota 346), 98.

³⁵⁶ Corte Cost., sentenza 20 novembre 2000, n. 508.

³⁵⁷ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco, B. Romano, cit. (nota 352), 4087-4088.

³⁵⁸ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4088-4089.

³⁵⁹ In dottrina vi è chi ritiene che all'indomani dell'entrata in vigore della costituzione, i reati di cui agli articoli 402 ss. fossero tacitamente abrogati per incompatibilità della disciplina con i nuovi principi costituzionali: v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, cit. (nota 345), 451; oppure implicitamente abrogata per venir meno di un elemento costitutivo quale la «*Religione di Stato*». Tuttavia la tesi prevalente è contraria a questa interpretazione, v. *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4087.

penale, è possibile individuare ancora oggi alcune incompatibilità di questa materia con il principio di laicità.

Appare evidente l'illegittimità costituzionale di questa materia e nello specifico dell'articolo 403 c.p., nella parte in cui non tutela allo stesso modo le persone appartenenti a confessioni religiose e le persone che non vi appartengono, violando così il principio di uguaglianza e il principio di laicità. Infatti sono privi di tutela penale oggi, inopportunosamente, i sentimenti religiosi di chi non si riconosce in una confessione religiosa, e i sentimenti di religiosità negativa di chi abbia una concezione del mondo teosofica o ecosofica ovvero atea o agnostica³⁶⁰.

Mario Romano è contrario a questa interpretazione, in quanto ritiene che non si possa accordare lo statuto di confessione religiosa ad associazioni di atei e agnostici, e che le offese al sentimento (a)religioso di questi ultimi, non produrrebbero rischi per la pubblica tranquillità in Italia e quindi non sono meritevoli di tutela penale³⁶¹.

Ora, l'articolo 19 della Costituzione, garantendo il diritto di professare una fede religiosa, consente anche di non professarne alcuna. Pertanto, anche il sentimento religioso negativo è (dovrebbe essere) un bene giuridico tutelato dalla Costituzione. Tuttavia è condivisibile l'assunto di Romano sulla non compatibilità del termine 'confessione religiosa', con le associazioni/confessioni a religiosità negativa quali '*l'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti*' (UAAR). Il legislatore del 2006, nella materia dei reati in commento, ha deciso, sulle orme delle scelte legislative precedenti di punire solo le offese alle confessioni religiose positive e, dunque, oggi non potrebbe essere risolutivo un intervento della giurisprudenza, financo costituzionale in quanto, come è noto, in materia penale, vigendo il principio di legalità, solo al legislatore è consentito ampliare le fattispecie punibili. Per cui, partendo dalle stesse premesse ma ribaltando gli esiti, sarebbe opportuno un intervento del Parlamento al fine di cambiare il testo dell'articolo 403 c.p., aggiungendo di seguito alle parole «*confessione religiosa*» anche i termini «*o areligiosa*».

³⁶⁰ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4101; Cfr. N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2009, 597; N. MARCHEI, *La consulta conclude il lavoro intrapreso dieci anni fa: un volto nuovo (ma non troppo) per i reati in tema di religione*, in www.olir.it, 2005, 4-5; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, cit. (nota 37), 658.

³⁶¹ M. ROMANO, *Principio di Laicità dello Stato, Religioni, Norme penali*, (nota 37), 495.

Il pericolo per la pubblica tranquillità poi, è un dato inevitabilmente legato all'incidenza sociologico-statistica di una determinata religione sulla popolazione. Ad esempio, in Italia si stima che i cristiani siano oltre 40 Milioni³⁶²; ma questo non giustifica, in uno Stato laico, né un privilegio per il Cristianesimo né una discriminazione nei confronti delle altre religioni.

Tale tesi dunque non fa altro che riprodurre, più o meno consapevolmente, un errore in cui era già incorsa la Consulta e cioè utilizzare il criterio quantitativo o sociologico per giustificare le discriminazioni presenti in questa materia³⁶³.

1.1 Laicità e sentimento religioso

Il principio di laicità espresso dalla Consulta con la sentenza n. 203 del 1989, è stato poi precisato da altre sentenze, fra cui quelle in tema di delitti contro il sentimento religioso, come la n. 508 del 2000, con la quale è stato espunto dall'ordinamento l'art. 402 c.p.³⁶⁴. Quindi, come si vede, è nel settore dei reati in commento che la laicità ha trovato uno dei suoi maggiori ambiti applicativi. In materia religiosa infatti, il principio di laicità può dispiegare un potere più intenso, una maggior portata applicativa, al punto che la dottrina è giunta a definire i delitti contro il sentimento religioso un tema di «*laicità in senso stretto*»³⁶⁵. In questo settore, la laicità non è certamente solo un carattere del diritto penale, ma è un principio vero e proprio, con uno statuto concettuale e normativo di matrice costituzionale in grado di vincolare il legislatore³⁶⁶.

Gli interrogativi principali a cui s'intende qui dare risposta: i delitti in materia di religione sono compatibili con un modello laico di diritto penale? Ha ancora un senso oggi, in una società secolarizzata, la tutela penale del sentimento religioso?

Per poter rispondere a tali domande, è opportuno iniziare da un'analisi del bene giuridico tutelato dai reati in questa materia.

³⁶² Nel 2016, si è rilevato che i Cattolici in Italia sono circa il 67 % (fonte: Eurispes, CESNUR), v. *Religioni in Italia*, in www.wikipedia.org.

³⁶³ G. CASUSCELLI, "L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in materia di vilipendio della religione, cit. (nota 66), 3 ss.

³⁶⁴ G. CASUSCELLI, "L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in materia di vilipendio della religione, cit. (nota 66), 6.

³⁶⁵ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 440.

³⁶⁶ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 438.

Il legislatore fascista del 1930 intendeva tutelare, attraverso gli artt. 402 ss. c.p. e 724 c.p., la religione (cattolica) in sé, quale valore culturale e ‘bene di civiltà’, per i motivi già accennati³⁶⁷.

Nel 1948, con l’entrata in vigore della Costituzione, è cominciato un processo di ridefinizione del bene giuridico tutelato, e si sono avuti essenzialmente due orientamenti: il sentimento religioso collettivo (non sempre chiaramente distinguibile dalla religione quale ‘bene di civiltà’) e il sentimento religioso (anche) individuale³⁶⁸.

A seguito della riforma del 2006 il legislatore non sembra aver preso posizione sul tema. Tuttavia l’insistente richiamo alle confessioni religiose, la procedibilità d’ufficio, la necessaria pubblicità della condotta, la differenza di pena tra il primo e il secondo comma dell’articolo 403 c.p., fanno propendere la dottrina maggioritaria per il primo orientamento e quindi per un bene giuridico superindividuale³⁶⁹.

Il principio di laicità dello Stato, così come individuato dalla Corte costituzionale, non esclude la religione relegandola a mero fatto privato³⁷⁰. La Costituzione stessa tutela le confessioni religiose (art. 8) e la libertà di professare una fede (art. 19). Pertanto i principi del nostro Stato non escludono una tutela penale anche diretta delle religioni³⁷¹.

Altresì non incompatibile con un diritto penale laico è la tutela di sentimenti: questi ultimi, pur essendo di natura *«psichica-emozionale, sono però delle realtà personalistiche innegabili»* largamente presenti nella parte speciale delle legislazioni penali³⁷².

Tuttavia, essendo il bene giuridico tutelato il sentimento religioso collettivo di tutti i “correligionari” della persona offesa, non solo ritorna surrettiziamente e parzialmente una tutela della religione in quanto tale, quale ‘bene di civiltà’, ma soprattutto viene reso molto più evanescente il contenuto dell’offesa. Se infatti l’offesa al sentimento

³⁶⁷ *Commento all’articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4094.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Commento all’articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato* a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4095.

³⁷⁰ Corte Cost., Sentenza 11 Aprile 1989, n. 203: *«Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»*.

³⁷¹ Cfr. G. FLORA, *La tutela penale del “fatto religioso” tra codice Rocco e Costituzione*, cit. (nota 346), 100; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 440.

³⁷² F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 441.

individuale ha certamente una sua consistenza, il sentimento collettivo perde molto di quello spessore, a meno che non sia la mera somma dei sentimenti individuali colpiti direttamente dall'offesa³⁷³.

Larghissima parte della dottrina infatti, sia prima che dopo la riforma, si è dichiarata contraria, pur con sfumature differenti, al mantenimento di un nucleo specifico e autonomo di reati a tutela del sentimento religioso³⁷⁴. Quasi tutta la dottrina ritiene oggi che, in virtù del principio di *extrema ratio*, il sentimento religioso (individuale) possa essere tutelato efficacemente «*facendo ricorso alle norme penali ordinarie a difesa di beni comuni quali l'onore, la libertà, la pubblica tranquillità*»³⁷⁵. Inoltre, la dottrina maggioritaria, rilevando la scarsa incidenza statistica dei reati in commento, derivante da una diminuita importanza del sacro nella società odierna, giunge a sostenere l'ipotesi abolizionistica sulla base di un sopravvenuto venir meno del danno sociale derivante dalla violazione dei beni giuridici su cui si basano i reati contro il sentimento religioso³⁷⁶.

Mario Romano, uno dei maggiori rappresentanti dell'orientamento dottrinale favorevole al mantenimento delle fattispecie in materia di religione³⁷⁷, ancora però le offese alle

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ G. CASUSCELLI, "L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in materia di vilipendio della religione, cit. (nota 66), 4; N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci, 2000, 61; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 184; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. 1, cit. (nota 345), 437; R. MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2005, 65; F. PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. Pen.*, 1996, 47 ss.; F. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Giuffrè, 1983; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e ruolo della Corte costituzionale*, cit. (nota 70), 1029. Successivamente alla riforma, egualmente contrari al mantenimento di un nucleo speciale di diritto penale in ambito religioso si dichiarano L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, 2006, 115-134-324; A. GAMBERINI - G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, CEDAM, 2006, 137; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (parte 2)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 1198; C. PIEMONTESE, *Offese alla religione e pluralismo religioso*, in AA.VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di G. De Francesco - C. Piemontese - E. Venafrò, Giappichelli, 2007, 238; G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 28; F. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 633 ss.; D. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1177; C. PECORELLA, *Delitti contro il sentimento religioso*, AA.VV., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di D. Pulitanò, Giappichelli, 2011, 370.

³⁷⁵ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 185.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni e norme penali*, (nota 37), 495; G. FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*, cit. (nota 346) 104 ss.; A. SERENI, *Sulla tutela penale*

confessioni religiose ad una «*dimensione di pericolosità*»: requisito che difetta anche nella riformulazione delle fattispecie da parte del legislatore del 2006, ma ricavabile da un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Tale ipotesi dottrinale, recuperando un indirizzo della Corte costituzionale, cerca di garantire una maggiore vicinanza della materia al principio di laicità, in quanto avrebbe il fine di evitare i pericoli per la pubblica tranquillità (bene giuridico indubbiamente più laico rispetto al sentimento religioso), derivanti dalle pericolose reazioni dei fedeli offesi nel proprio sentimento religioso. In realtà il problema sta qui nella lontananza fra la condotta del vilipendio di persone o cose atte a offendere una religione, e la finalità di proteggere la pubblica tranquillità dalle reazioni emotive che potrebbero generarsi da tali condotte. Il risultato finale sarebbe che tutti i reati di religione diverrebbero reati di pericolo astratto e ciò che guadagnerebbero in laicità lo perderebbero in offensività³⁷⁸.

Si dice che tale orientamento minoritario parrebbe rafforzato dall'irrompere sulla scena internazionale in tempi recenti di integralismi refrattari alla comprensione e al dialogo tra le diverse fedi³⁷⁹. Un tema comune questo, al lungo dibattito, non solo della dottrina giuridica, sui limiti della satira e, più in generale, sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero, seguito soprattutto all'attentato terroristico alla sede di Charlie Hebdo del 7 Gennaio 2015 in Francia.

Innanzitutto, ad avviso di chi scrive, mentre l'Islam è certamente una confessione religiosa ammessa nel nostro paese e pertanto tutelata dalle norme anche penali, il fondamentalismo islamico che viene praticato (anche) dai terroristi dell'ISIS, non può ricevere riconoscimento e tutela nel nostro ordinamento quale confessione religiosa, in quanto contrario ai nostri principi costituzionali, esattamente come non può ottenere riconoscimento e tutela una setta satanica³⁸⁰.

della libertà religiosa, in *Cass. Pen.*, 2009, 4499 ss.; F. B. GIUNTA, *Verso un rinnovato romanticismo penale? I reati in materia di religione e il problema della tutela dei sentimenti*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, 2011, 1551 ss. e, pur nel contesto di una più ampia riflessione sulla tutelabilità penale dei fatti di sentimento, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2008, 1586.

³⁷⁸ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 442.

³⁷⁹ M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni e norme penali*, (nota 37), 495; *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci - G. L. Gatta, 3ª Ed., IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2011, 1979.

³⁸⁰ G. FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*, cit. (nota 346), 105.

Il fenomeno del fondamentalismo islamico che si manifesta oggi, purtroppo, quasi giornalmente con attacchi terroristici al mondo occidentale, è qualcosa di così estremo, esterno, avulso dalle nostre regole sociali ed espressione di un mondo diverso dal nostro, che non può essere da noi occidentali considerato manifestazione di un sentimento religioso di cui tenere conto. Gli attacchi terroristici di questi fanatici devono subire una valutazione di «*irricevibilità giuridica*», tale per cui non possano in alcun modo condizionare le nostre legislazioni e, soprattutto, la nostra libertà di manifestazione del pensiero³⁸¹.

Un'ultima questione da affrontare è comprendere se i reati in tema di religione, utilizzando un termine quale 'vilipendio', rispettano il principio di legalità di cui all'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

Il lemma 'vilipendio' nasce dalla crasi fra i termini latini *vilis* e *pendere*, e quindi etimologicamente significa «*reputare di scarso valore*». Nel linguaggio comune si usa il termine 'vilipendio' altresì per indicare «*un giudizio di disvalore pronunciato con contumelia o scherno*»³⁸².

Il 'vilipendio', che nei reati in questione indica la modalità della condotta al fine di offendere la religione, è un concetto normativo extra-giuridico di natura etico-sociale³⁸³. Gli elementi normativi di questo tipo, sono tendenzialmente imprecisi e rispettano il principio di precisione (o tassatività) solo se non danno adito ad incertezze circa la norma sociale richiamata e circa il contenuto e l'ambito applicativo di tale norma³⁸⁴.

La condotta tipica nei reati di vilipendio, assumendo che quest'ultimo sia elemento normativo extragiuridico, si presenterà con «*sfumature diverse a seconda dell'oggetto materiale della condotta*», in relazione alle diverse valutazioni sociali che verranno date³⁸⁵. In altre parole, si dovrà evincere dal contesto sociale una norma di costume, tale

³⁸¹ D. PULITANO', *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 69-70; Cfr. nello stesso senso, S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e Libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 933 ss.

³⁸² V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 Febbraio 2006*, n. 85, Giuffrè, 2007, 56 ss.

³⁸³ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato* a cura di M. Ronco - B. Romano, cit. (nota 352), 4096-4097. Altra dottrina lo ritiene elemento descrittivo, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I*, cit. (nota 169), 134.

³⁸⁴ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I*, cit. (nota 169), 136-137; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 92.

³⁸⁵ V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 Febbraio 2006*, n. 85, cit., 57.

per cui si possa comprendere se il concreto vilipendio rientri o meno nel socialmente accettabile³⁸⁶. La dottrina penalistica più autorevole tuttavia, dubita del fatto che il giudice sia sempre in grado di effettuare questa funzione adeguatrice³⁸⁷ e che, a ogni modo, tale operazione si presenterà sempre con ampi margini di incertezza in una società moderna e pluralistica dove le norme etiche non hanno contorni univoci³⁸⁸.

Il vilipendio, secondo molti, è dunque un elemento manifestamente impreciso e la dottrina più autorevole ha invocato l'abolizione dei reati in commento per violazione del principio di precisione, come corollario del principio costituzionale di legalità³⁸⁹.

Ma, come insegnava Giovanni Conso, *«l'insopportabile vaghezza delle offese alla religione»* ha una ragione storica: nel XIX secolo, i diritti di libertà erano appena stati riconosciuti e il principio di laicità si stava facendo strada, e così il legislatore, per paura di perdere potere politico, decide di inserire norme *«ambigue e imprecise, dove tutto può entrare a seconda delle simpatie e delle antipatie e dove tutto sa di arbitrio. Siamo cioè al cospetto di un tipico modo escogitato per bloccare con ipocrisia i diritti di libertà, per mortificare la tipicità delle fattispecie comuni, sostituendole, in materia di tutela penale della religione, con modelli di fattispecie più rarefatti e imprecisi»*³⁹⁰. I lavori preparatori al codice Zanardelli infatti, indicano proprio che il termine vilipendio viene inserito per rendere punibili *«i comportamenti che non rientravano nell'oltraggiare, nell'ingiuriare, nel diffamare»*³⁹¹. Il vilipendio quindi, è un relitto risalente al codice Zanardelli, legato ad una concezione teocratica del diritto, in palese distonia con l'ispirazione complessivamente liberale di quella codificazione³⁹².

³⁸⁶ V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 Febbraio 2006, n. 85*, cit. (nota 382), 58 ss.

³⁸⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 23), 92.

³⁸⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965, 188.

³⁸⁹ Cfr. G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Indice Penale*, 1970, 545 ss.; M. A. CATTANEO, *Il Codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *Questione Criminale*, 1981, 107; C. FIORE *I reati di opinione*, CEDAM, 1972, 65 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, cit. (nota 345), 439; V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, op. cit. (nota 11), 2456; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I*, cit., (nota 169), 134.

³⁹⁰ G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, cit., 549 ss.; V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, cit., 2455 ss.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, cit. (nota 389), 2458; *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci - G. L. Gatta, cit. (nota 379), 1987.

Negli anni '70, per sopperire al mutismo del legislatore, è dovuta intervenire la Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto per chiarire il significato di vilipendio: «[esso] *consiste nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione è diretta sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia in modo idoneo a indurre i destinatari della manifestazione [...] al disprezzo delle istituzioni o addirittura a ingiustificate disobbedienze [...] con evidente e inaccettabile turbativa dell'ordinamento politico-sociale*»³⁹³. Necessario inoltre distinguere il vilipendio della religione dalle discussioni su temi religiosi, protette dall'art. 21 della Costituzione: «*Sono invece vilipendio [...] la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa*»³⁹⁴.

Questi interventi della Consulta, se da un lato sono fondamentali ai fini di permettere l'applicazione delle norme più indefinite, dall'altro, compiendosi attraverso sentenze interpretative di rigetto, che come è noto non sono efficaci *erga omnes*, sono semplicemente dei palliativi che non risolvono il problema. Ad avviso di chi scrive, sarebbe stato più utile effettuare una declaratoria di incostituzionalità per violazione del principio di precisione, così da permettere al legislatore di risvegliarsi dal torpore e avvedersi del problema intorno al vilipendio presente sin dal 1889.

Ad oggi sono differenti le modalità di concretizzazione del vilipendio: ad esempio, l'espressione in pubblico di discorsi, scritti, raffigurazioni di scherno, ingiuriosi e che manifestano disprezzo nei confronti del credente³⁹⁵.

In conclusione, è possibile affermare che in materia di delitti di religione vi sono state e permangono vistose violazioni del principio di laicità e di uguaglianza, che ne determinano l'attuale incostituzionalità per i motivi suddetti, ma soprattutto vi sono seri dubbi sulla legittimità del suo mantenimento all'interno del codice penale, per la vaghezza delle disposizioni, l'evanescenza del bene giuridico tutelato, l'immaterialità e assenza di *corpus* e l'irrilevanza statistica³⁹⁶.

³⁹³ Corte Cost., Sentenza 30 Gennaio 1974, n. 20.

³⁹⁴ Corte Cost., Sentenza 8 Luglio 1975, n. 188.

³⁹⁵ *Commento all'articolo 403 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci - G. L. Gatta, cit. (nota 379), 1987.

³⁹⁶ V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, cit. (nota 389), 2453 ss.; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. (nota 13), 184-185.

Non si può nascondere tuttavia la fortissima valenza simbolica e politica che hanno questi reati. Se si portasse in Parlamento domani una proposta abolizionista dei reati in oggetto, se è quasi certamente vero, come sostiene la dottrina, che il paese non ne soffrirebbe affatto³⁹⁷, infurierebbero immediatamente una miriade di polemiche sia dentro che fuori il Parlamento, a testimonianza del fatto che viviamo oggi in una società post-secolare, dove le religioni hanno un ruolo pubblico e influenzano pesantemente le attività dello Stato. Il risultato di un attacco politico diretto contro le norme a tutela delle religioni, molto probabilmente quindi produrrebbe l'effetto contrario di quello voluto: un rafforzamento ideologico e politico delle norme di cui agli artt. 403 c.p. e ss., con conseguenziale loro sopravvivenza, accompagnata da un alto rischio per il partito proponente la riforma di perdere consenso sociale e quindi voti. Per delegittimare questo *corpus* di norme, sarà necessario utilizzare non il principio di laicità o un attacco politico diretto, ma una «più neutra e tecnica denuncia di immaterialità e vaghezza di tali disposizioni», esattamente lo stesso metodo usato dai giusnaturalisti laici e dai pensatori illuministi per eliminare dalle legislazioni il *crimen magiae*, l'eresia e l'apostasia³⁹⁸.

2. Il reato di negazionismo: la tutela penale della storia.

Il legislatore italiano con la l. 16 Giugno 2016 n. 115, ha inserito all'art. 3 della l. n. 654 del 1975 (legge di esecuzione della Convenzione di New York del 1966 sull'«eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale», più volte modificata) il comma 3 bis: «Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232»³⁹⁹.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, cit. (nota 389), 2453-2454.

³⁹⁹ Gazzetta ufficiale Serie Generale n. 149 del 28-06-2016.

Tale recente aggiunta, adempie (in ritardo) alla Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2008/913/GAI⁴⁰⁰, definita da alcuni commentatori come un vero e proprio "spartiacque", sia per le politiche dell'UE, sia per le legislazioni nazionali che ancora non avevano un reato di negazionismo⁴⁰¹. L' art. 1 della Decisione Quadro⁴⁰², prevede che gli Stati impieghino misure adeguate affinché siano punite, con «*sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive*» (art. 3 § 1) «*che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni*» (art. 3 § 2), le condotte di: «*apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica*», alla condizione imprescindibile che «*i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro*»; inoltre, a parità di condizioni, i medesimi fatti relativi ai crimini di cui all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 (Tribunale di Norimberga).

Preliminarmente, è necessario notare che, mentre la Decisione Quadro prevede la punizione anche di forme di c.d. 'revisionismo', e cioè la proposizione di interpretazioni storiografiche difformi da quelle comunemente accettate, la normativa italiana punisce esclusivamente la negazione della Shoah e di alcuni fatti storici, determinati con un rinvio allo statuto della Corte penale internazionale.

L'aggiunta di cui al comma 3 *bis* quindi, adempie in misura sufficiente⁴⁰³ ad un indirizzo dell'Unione Europea, e questo va sottolineato in quanto, nel nostro paese, quando qualche

⁴⁰⁰ Art. 10: «*Attuazione e riesame: 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione quadro anteriormente al 28 novembre 2010*». Per un esame approfondito della Decisione Quadro, cfr. P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, fasc. 3, 2011, 154 ss.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, 2012, 69 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, 2009, 259 ss.

⁴⁰¹ G. PUGLISI, *A margine della c.d. "Aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 5.

⁴⁰² Consultabile in eur-lex.europa.eu.

⁴⁰³ D. PULITANO', *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 326.

anno fa l'allora Ministro della Giustizia Mastella ipotizzò l'entrata in vigore del reato di negazionismo⁴⁰⁴, vi fu un'ampia "levata di scudi" degli storici⁴⁰⁵ e dei giuristi italiani che in coro si dichiararono contrari alla proposta⁴⁰⁶. Chiaramente la comunità italiana degli storici non è mai stata a favore di una ricostruzione storica che neghi o minimizzi l'olocausto, ma le critiche ad una criminalizzazione del negazionismo furono diverse e interessanti. Sintetizzando tali obiezioni, il negazionista, se punito, diventerebbe un martire, un portabandiera della libertà d'espressione, a testimonianza di un'impossibilità di confrontarsi, stabilita sbrigativamente dallo Stato con lo strumento penale⁴⁰⁷. L'imposizione di una verità di Stato poi, collide con l'idea milliana della fiducia nel «*free marketplace of ideas*», per cui anche in una bugia può esserci un fondo di verità, e impedire la sua espressione significherebbe ritenere di essere infallibili⁴⁰⁸. L'unione delle camere penali aggiunse: «*la verità (ritenuta) assoluta, certa e irrefutabile non può essere oggetto di alcuna tutela se non si vuole, con un unico colpo di spada normativa, trafiggere il diritto di manifestazione del pensiero, la libertà morale di credere e la libertà di insegnamento, trasformando (o meglio: ritrasformando) il cittadino in un fedele*»⁴⁰⁹. Infine, il processo penale fungerebbe da inopportuno palcoscenico per tesi prive di qualsiasi fondamento scientifico, con la conseguenza che si produrrebbe il risultato contrario a quello voluto.

L'opposizione del mondo accademico, insieme alla caduta della legislatura, fecero poi andare nel vuoto la proposta di introdurre un autonomo reato di negazionismo⁴¹⁰.

Ritornando all'analisi della legge vigente, il punto centrale dell'incriminazione, anche a livello europeo, è orientato a favore non di un 'negazionismo semplice', ma di un 'negazionismo qualificato' dalla capacità ad istigare violenza e odio. Tale norma si

⁴⁰⁴ V. 'Negazionismo' in www.wikipedia.org.

⁴⁰⁵ Più di duecento storici firmarono l'appello, v. M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz" le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014, 2.

⁴⁰⁶ Ci si riferisce ad esempio al Manifesto di fra gli altri, M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in www.sissco.it; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "Aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, cit. (nota 401), 18.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ J. S. MILL, *On Liberty*, 1869 in www.bartleby.com, §41.

⁴⁰⁹ *Contro il reato di negazionismo. Appello dell'Unione delle Camere Penali*, in www.camerepenali.it.

⁴¹⁰ G. PUGLISI, *A margine della c.d. "Aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, cit. (nota 401), 19.

inserisce in un contesto europeo dove da tempo si è deciso per l'opzione criminalizzatrice in tema di negazionismo⁴¹¹, e presenta diversi e notevoli problemi sia teorici che pratici.

È opportuna un'analisi volta alla comprensione delle istanze, anche sovranazionali⁴¹², di criminalizzazione del negazionismo.

Quest'ultimo fa parte della categoria dei reati di opinione⁴¹³, e può essere considerato un modello della loro moltiplicazione⁴¹⁴ e, quindi, della proliferazione dei limiti alla libertà d'espressione. Tale diffusione nasce parallelamente e all'interno della normativa sul contrasto al terrorismo internazionale, e il negazionismo è stato infatti definito come una «*fattispecie ponte tra la tutela della memoria, e la legislazione penale post 11 settembre che segue dinamiche espansive, anticipatorie e securitarie*»⁴¹⁵. Il negazionismo si presta bene poi, a divenire un paradigma identitario su molti versanti portando con sé, quale un moderno "Cavallo di Troia", altri reati di opinione allo scopo di attrarre consensi⁴¹⁶. La peculiarità del negazionismo quale reato di opinione, risiede proprio nel fatto che vi è un consenso generalizzato, univoco e di massa sui fatti storici protetti dal reato. Solitamente invece, i reati di opinione puniscono i discorsi pericolosi che si inseriscono su uno scontro sociale, criminalizzando il dissenso⁴¹⁷. Il reato in esame invece, si presenta come un meccanismo di tutela del consenso su fatti storici dall'enorme valore. Il conflitto sociale

⁴¹¹ La Francia e l'Austria, ad esempio, puniscono il negazionismo sin dagli anni 90': A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 307 ss. L'A. dopo aver fatto una pregevole analisi, completa e puntuale, della normativa italiana, sin dai lavori preparatori in Parlamento, si sofferma ad analizzare i corrispondenti reati di negazionismo negli altri paesi europei; Cfr. E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2016, 1017: Il negazionismo «è previsto come fattispecie autonoma in ben 20 Stati sui 28 che compongono l'Unione Europea».

⁴¹² Per un'analisi di tali istanze da parte della dottrina internazionalistica v. G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in www.sidiblog.org.

⁴¹³ Sui reati d'opinione, magistralmente A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2-3, 2007, 689-738.

⁴¹⁴ E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in www.parolaalladifesa.it, 8-9.

⁴¹⁵ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, cit., 1022.

⁴¹⁶ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, cit., 1023; E. FRONZA – A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.

⁴¹⁷ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, cit., 1025.

non è alla base della scelta di punire il negazionismo e quindi, quest'ultimo, risulta un reato di opinione molto particolare⁴¹⁸.

Non si può fare l'errore poi, di considerare la Shoah un fatto storico come un altro, e il pensiero negazionista un'opinione come un'altra. Gli Stati europei e l'Unione Europea stessa infatti, non sarebbero oggi quelli che sono se non fosse mai esistito il genocidio nazista negli anni '40 del secolo scorso. L'annientamento dei totalitarismi che avevano come tratto distintivo l'intento genocida delle razze da essi reputate inferiori, fa consolidare o nascere le democrazie europee⁴¹⁹. L'Europa democratica, come una fenice, rinasce dalle ceneri di Auschwitz e giunge a formulare un «patto etico»⁴²⁰, sul quale si fondano tuttora oggi gli Stati democratici europei, e che ha come contenuto essenziale l'imperativo categorico di impedire che accada nuovamente un genocidio (il celebre «mai più»)⁴²¹. Negare la Shoah vuol dire negare le premesse stesse delle nostre democrazie, della nostra storia e quindi della nostra identità. È per questo motivo che perfino il grande pilastro, il *menhir* della libertà di espressione, vacilla di fronte al vergognoso, immorale, antistorico, irritante negazionismo⁴²². La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per proteggere l'incriminazione del negazionismo, è arrivata ad utilizzare il tanto discusso "grimaldello" dell'abuso del diritto di cui all'art. 17 CEDU: non si può utilizzare il principio della libertà d'espressione per negare un fatto storico - dicono i giudici di Strasburgo - perseguendo fini discriminatori, andando a minare indirettamente i principi base della democrazia fra cui il diritto alla libertà d'espressione⁴²³.

Allo stesso tempo, il negazionismo è di per sé un insulto, un oltraggio diretto alle vittime dell'olocausto e a coloro che, ancora oggi, ne soffrono al ricordo⁴²⁴. La condotta di negazionismo è un'offesa al sentimento religioso e identitario ebraico, che veicola, più o

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, 2013, 85 ss.

⁴²⁰ Sull'attacco al patto etico/constituente v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit. (nota 400), 166 ss.

⁴²¹ D. DI CESARE, *Negare la Shoah*, *Questioni filosofico-politiche*, in AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani - L. Patruno, Il nuovo melangolo, 72 ss.

⁴²² D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 980.

⁴²³ E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, 2015, 633 ss. Sembra che i giudici di Strasburgo al classico dilemma sulla tolleranza, rispondano (popperianamente) in negativo in quanto, se si facesse altrimenti, vi sarebbe la distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione: C. Eur. Dir. Uomo, quinta Sezione, 20 Ottobre 2015, §40.

⁴²⁴ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit., 983.

meno direttamente, messaggi di incitamento all'odio razziale e alla violenza, fino al sovvertimento della democrazia, dato che, i discorsi d'odio, potrebbero arrivare fino agli strati meno evoluti della società, dove l'emarginazione e il degrado possono essere "terreno di coltura" per un ritorno delle ideologie di cui sono portatori i negazionisti⁴²⁵.

Quindi, sintetizzando le ragioni per cui potrebbe punirsi il negazionismo, è possibile ricondurle a due fattispecie: il negazionismo-vilipendio e il negazionismo-istigazione⁴²⁶. Il primo si fonda sulla non tangibilità della memoria della Shoah e si avvicina all'incriminazione delle offese al sentimento religioso, anche per la "sacralizzazione" che il fenomeno dell'olocausto ha registrato negli anni⁴²⁷. Il secondo invece, si basa sulla forza della condotta di fare proselitismo, con messaggi di apologia dell'intolleranza, di odio e di razzismo, e la divulgazione di una cultura illiberale e antidemocratica⁴²⁸.

Il legislatore del 2016, ha scelto quest'ultima modalità di incriminazione, tutelando, secondo le più recenti ed elaborate analisi, l'ordine pubblico e la dignità umana.

Per una breve analisi della novità normativa introdotta nel 2016 occorre innanzitutto interrogarsi sulla sua natura giuridica. La formula «*commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione*», secondo la dottrina più recente, oltre a rendere la fattispecie nostrana di negazionismo un reato di pericolo concreto, lo rende intrinsecamente diverso dalla fattispecie di cui al comma 1 lett. a) e b) dello stesso articolo, costruendo il reato di negazionismo di cui al comma 3 *bis*, non come un'aggravante, bensì come una fattispecie autonoma di reato⁴²⁹.

Tale nuovo reato di pericolo concreto e plurioffensivo, punisce non le opinioni, ma il concreto pericolo (futuro) che le opinioni possano diffondersi. Non sono punite le tesi

⁴²⁵ *Ibidem*; Cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 146 ss.

⁴²⁶ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit. (nota 422), 984.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit. (nota 422), 985.

⁴²⁹ A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. (nota 411), 292 ss.; Non tutta la dottrina è concorde, Cfr. D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit. (nota 403), 332: «L'idea che una circostanza aggravante possa essere letta come allargamento dell'area dell'illecito, è fuori e contro quella che definirei l'ovvia (per qualsiasi giurista) precomprensione dell'istituto 'circostanza aggravante'. È la sintassi logica dell'ordinamento a tagliare fuori la stessa proponibilità del problema, se l'area dell'illecito sia stata allargata dall'introduzione di una aggravante».

negazioniste, ma la propaganda o istigazione alla discriminazione, che ha luogo con un concreto pericolo di diffusione delle tesi negazioniste.

Se questo è il testo del diritto scritto, il diritto in azione crea, come si anticipava, notevoli perplessità applicative. Infatti, ad esempio, la propaganda già contiene al proprio interno il «concreto pericolo di diffusione», e ancora, come autorevolmente sostenuto dalla Cassazione, con internet e i moderni *social network* in particolare, la differenza tra una semplice manifestazione del pensiero e un'attività di propaganda si fa molto labile⁴³⁰. La conseguenza di queste (e altre) considerazioni è che il reato diviene nella sostanza un reato di pericolo astratto, se non, addirittura, presunto⁴³¹. Una presunzione che, considerando la giurisprudenza costituzionale⁴³², dovrebbe essere relativa, in quanto all'imputato dovrebbe essere sempre permesso di dimostrare il contrario.

In merito al dolo, esso è generico relativamente alla condotta di propaganda, mentre il fatto che ne derivi concreto pericolo di diffusione dell'opinione negazionista, lo si imputa al soggetto senza accertare l'elemento soggettivo⁴³³. Tuttavia, per una corretta applicazione del principio di colpevolezza, il giudice dovrebbe valutare che l'individuo, ponendo in essere una condotta di propaganda di discriminazione, abbia agito col dolo specifico di diffondere la negazione di crimini internazionali⁴³⁴.

La pena del reato in commento è della reclusione da due a sei anni. L'editale supera del doppio quello previsto in sede europea, a testimonianza del fatto che, con tale norma, s'intende veicolare un messaggio, istituire un vessillo, e che il reato in questione appartiene al c.d. *diritto penale simbolico*, di cui si parlerà in seguito. In definitiva, la pena prevista non risponde ai canoni di proporzionalità⁴³⁵.

Proseguendo, è interessante notare come il reato nostrano sia una fattispecie 'temporalmente aperta', in quanto non punisce solo la negazione della Shoah, ma anche

⁴³⁰ Cass. Pen., sez. III, sentenza 7 maggio 2008, n. 37581: «La diffusione e la propaganda sono concetti sostanzialmente equivalenti, posto che la diffusione di idee nella rete si risolve in sostanza nella propaganda delle stesse».

⁴³¹ A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. (nota 411), 309.

⁴³² C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto Penale e Giurisprudenza Costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 91 ss.

⁴³³ A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. (nota 411), 299.

⁴³⁴ A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. (nota 411), 309.

⁴³⁵ A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. (nota 411), 310.

«dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale», passati, presenti e futuri. A tale risultato si perviene per coerenza interna del legislatore, in quanto se è tutelata la dignità umana, questa è la stessa per le vittime dell'olocausto come per tutte le altre vittime di genocidi. Facendo altrimenti, si violerebbe il principio di uguaglianza. Tuttavia, tale apertura accresce il grado di indeterminatezza della norma e perfino la dottrina più favorevole all'introduzione del reato di negazionismo, è contraria a questa apertura indefinita del reato, ed ha affermato: «Là dove, [...] si volesse inaugurare un autonomo nomen criminis, quale apice della strategia sanzionatoria in materia di contrasto al negazionismo, si potrebbe prevedere una norma incriminatrice, ad alto coefficiente simbolico, ma ad altrettanto elevato livello di selettività e di precisione, per evitare di scadere in una pericolosa indistinzione della materialità delle condotte. La norma dovrebbe essere pertanto tipizzata, [...], per colpire la negazioni di accadimenti circoscritti, sintomatici, a un tempo, del credo negazionista e della realtà dell'Olocausto, come ad esempio l'uso della camere a gas e dei forni crematori»⁴³⁶.

In ultima analisi, tutelando «la storia che passa in giudicato»⁴³⁷, e cioè la verità giudiziaria che proviene dalle sentenze della Corte penale internazionale, vi è una singolare sovrapposizione tra verità storica e verità processuale: due concetti diversi e spesso, purtroppo, distanti⁴³⁸.

2.1 Sulla (non) legittimità del reato di negazionismo

Può un diritto penale laico e liberale, che si muove nei confini di una moderna democrazia costituzionale, ospitare al proprio interno il reato di negazionismo?

Organismi sovranazionali, Parlamenti e giurisprudenze costituzionali (non unanimi), si sono espresse favorevolmente, ma la dottrina giuridica e non, ha manifestato una pluralità di posizioni, con una maggioranza significativa di opinioni contrarie. Si riporta qui una sintesi, efficace ed esaustiva, di Di Giovine sui motivi dell'illegittimità espressi dalla

⁴³⁶ M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz" le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, cit. (nota 405), 49.

⁴³⁷ Dal titolo di un capitolo della monografia di E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit. (nota 400).

⁴³⁸ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 1005.

dottrina penalistica⁴³⁹: «a) Le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo di materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo pertanto incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale dei reati di negazionismo è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la realizzazione di un evento lesivo, ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione di beni, occorre che i delitti di negazionismo siano strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un referente immediato di lesività (in quanto essi non sono messi in pericolo in modo diretto e probabile), ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; d) è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista, è una tipica legislazione penale simbolica, strutturata in chiave di amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi – che devono essere alla base di un diritto penale a vocazione liberaldemocratica – di obbiettivizzazione, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta, in definitiva, di puri reati d'opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento».

Fra i possibili motivi di illegittimità⁴⁴⁰, in questa sede si è interessati, nello specifico, a quello “scontro diretto” fra il principio di laicità e il reato di negazionismo⁴⁴¹.

Un diritto penale laico non dovrebbe permettere la tutela di una verità storica, e deve ammettere pertanto qualsiasi proposta interpretativa della storia, anche la più anomala⁴⁴²:

⁴³⁹ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, in www.sissco.it, XXVI.

⁴⁴⁰ Sul tema si è discusso a lungo al IV convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, svoltosi a Genova nel novembre 2015, i cui atti sono riportati nella rivista italiana di diritto e procedura penale n. 2 del 2016.

⁴⁴¹ Interessante l'opinione di Romano, che, contrariamente ad altri come Canestrari e Paliero, non vede problemi di “laicità” per il reato in questione, v. M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni e norme penali*, (nota 37), 497 : «[Tale reato] non contrasterebbe con un pur rigoroso principio di laicità, perché neppure qui, come per le offese alle confessioni religiose, l'ordinamento indulgerebbe ad una scelta ideologica, attribuendo soltanto rilievo alle condizioni di un pacifico svolgimento dei rapporti sociali».

⁴⁴² S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 149 ss.

la storia non è un bene giuridico. Il concetto di laicità come aconfessionalità, neutralità, impone il rispetto delle posizioni difformi da quelle accolte universalmente e, allo stesso tempo, la laicità come mondanità non permette la criminalizzazione di costumi immorali quali il negare l'olocausto⁴⁴³.

Lo stesso principio della libertà di manifestazione del pensiero non può valere solo per i "pensieri buoni" e allineati ma deve agire soprattutto a protezione dell'espressione delle opinioni sbagliate, inutili per la società⁴⁴⁴.

Tuttavia, se non esistesse il reato di negazionismo e le ideologie totalitarie che ne stanno alla base si diffondessero prendendo piede fra la popolazione, fino al punto di venire alla luce pubblica sotto forma di partito neo-fascista o neo-nazista, per poi salire al potere, quali sarebbero le sorti del principio di laicità⁴⁴⁵?

Si è pure suggerito che, di fronte al negazionismo, la laicità per poter sopravvivere e continuare ad operare, necessita di farsi più attiva, più sostanziale, al fine di proteggere le sue condizioni di esistenza⁴⁴⁶. In altre parole, l'ordinamento è laico in quanto conserva un atteggiamento di equidistanza rispetto alla concezioni morali particolari presenti nella società, ma è impraticabile e rischioso per la sopravvivenza della democrazia assicurare un'equidistanza dal pensiero che anima i negazionisti. Questi ultimi, abusando della libertà di espressione, affermano, con intransigenza e intolleranza, un punto di vista non compatibile col riconoscimento dell'altro come pari: negando quindi il 'minimo etico' del liberalismo, dato dal pari rispetto di ogni individuo⁴⁴⁷. Per usare una metafora, il pericolo è che l'offerta della mano ai negazionisti, si tramuti nel "furto del braccio": una minaccia finora non disinnescata dalle virtù del dialogo⁴⁴⁸.

⁴⁴³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 151.

⁴⁴⁴ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit. (nota 438), 1010 ss.

⁴⁴⁵ D. PULITANO', *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit. (nota 11), 326: «Altro che inesistenza di un bene giuridico!».

⁴⁴⁶ M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, cit. (nota 405), 30; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, 312 ss.; ID, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 1059 ss.

⁴⁴⁷ M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità* cit. (nota 405), 31.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

Palazzo ha efficacemente individuato due “assi portanti” della democrazia: il primo è chiaramente il principio maggioritario, il secondo sono le «*condizioni strutturali di dialogicità attraverso le quali si costruisce quel consenso che si esprimerà poi nella decisione assunta in base al principio maggioritario*»⁴⁴⁹. I negazionisti contraddicono il secondo “asse portante” in quanto non propongono una vera opinione, bensì un’ideologia totalitaria, che ha come obiettivo la cancellazione della democrazia esistente.

Sintetizzando questo punto di vista dunque, la società democratica e laica, per poter garantire la propria sopravvivenza, riafferma se stessa, i propri valori identitari, istituendo il reato in commento per impedire una riesumazione dei totalitarismi.

In realtà si è di fronte ad un classico paradosso dalla non facile soluzione: in nome della tolleranza, devono essere tollerati gli intolleranti?⁴⁵⁰ Va tutelata la libertà d’espressione di chi sarebbe pronto ad abolirla? Possono la laicità e la democrazia fare un’eccezione al loro solito *modus operandi* per potersi (ri)affermare?

Come si è visto, le risposte possono essere differenti.

Non va inoltre trascurata, la risposta psicologica inconscia che provoca il tema dei genocidi e della Shoah in particolar modo. La risposta “di pancia” porterebbe immediatamente ad incriminare i negazionisti, perché in qualche modo giustificano la barbarie avvenuta, diventano assimilabili agli esecutori materiali del genocidio, e quindi possono essere trattati come ‘nemici’ (ampliando il catalogo di Jakobs, di cui sopra), per i quali qualunque strumento è ammesso. Tuttavia, il penalista deve rimanere saldo e ancorarsi ai principi costituzionali, per evitare che le “ondate emotive” lo portino altrove.

Come si accennava, seguire l’opzione criminalizzatrice per il negazionismo, anche per ragioni di ineffettività della norma nel nostro paese⁴⁵¹, rende tale fattispecie una bandiera, un *totem*, e fa ricadere l’ordinamento in una forma di c.d. ‘*diritto penale simbolico*’⁴⁵²,

⁴⁴⁹ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, cit. (nota 114), 446 ss.

⁴⁵⁰ Per citare un celebre aforisma di Popper: «Dovremmo rivendicare, nel nome della tolleranza, il diritto a non tollerare gli intolleranti». Per approfondimento v. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, 1974.

⁴⁵¹ E. FRONZA – A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato*, cit. (nota 416), 5.

⁴⁵² Pressoché tutta la dottrina penalistica parla di diritto penale simbolico relativamente al negazionismo. Solo per citare alcuni esempi v. M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in cit. (nota 377), 1546 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit.

nel quale oggetto di incriminazione non è la lesione di un bene giuridico, bensì un'ideologia, un modo di pensare, un simbolo; s'individua un nemico, si vuole dare un messaggio. In questo modo, per combattere i totalitarismi, si utilizzano armi totalitarie, allontanandosi così dal modello di democrazia che si vuole proteggere⁴⁵³.

L'obiettivo di tutelare la democrazia è indubbiamente legittimo, ma impedire con lo strumento penale la negazione della Shoah, è eccessivamente prodromico rispetto a quell'obiettivo, al punto da rendere più che mai evanescente la lesione del bene giuridico⁴⁵⁴. È per questo che la dottrina ha parlato di violazione del principio di offensività: non è con un discorso stravagante che si può turbare l'ordine pubblico o capovolgere le sorti della democrazia.

L'ordine pubblico, bene giuridico tutelato dalla fattispecie in commento, è stato definito come «un'oggettività giuridica superindividuale» vaga e indeterminata, che “abbraccia” tutti i beni giuridici protetti dall'ordinamento ma anche interessi non meritevoli di tutela penale come, ad esempio, “l'irritazione”, il disagio causati dal venire a contatto con opinioni non eticamente corrette⁴⁵⁵. Uno pseudo-bene giuridico insomma, che per dottrina unanime andrebbe abbandonato⁴⁵⁶.

Nemmeno possono essere fatte considerazioni tanto diverse, in merito all'altro bene giuridico protetto, ossia la dignità umana, sulla quale ci si concentrerà anche nel quarto paragrafo. Va precisato anzitutto che la condotta di negazionismo nega un fatto storico importante per un popolo, al punto da caratterizzarlo, contestando ad esso lo *status* di vittima, e da ciò si ricava la lesione al bene ‘dignità umana’⁴⁵⁷. Con una strategia tipica dei sistemi autoritari - la nota «*pubblicizzazione artificiale dei beni giuridici*» - si sostituisce un bene individuale quale l'onore, con un bene superindividuale, la ‘dignità

(nota 11), 149; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen?*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, op. cit. (nota 11), 731

⁴⁵³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 150.

⁴⁵⁴ Sul punto si vedano le acute analisi di A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit. (nota 438), 1001 ss.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit. (nota 438), 1008.

umana', sacralizzando il bene giuridico, ingigantendo e assolutizzando l'offesa facendo divenire il negazionismo un sacrilegio, un vilipendio⁴⁵⁸.

Di fronte a tali pseudo-beni giuridici tanto astratti risulta indimostrabile il pericolo della relativa offesa, anche perché beni giuridici immateriali vengono aggrediti da condotte di manifestazione del pensiero altrettanto immateriali e inafferrabili⁴⁵⁹. La norma poi, è scritta in modo tale da incrementare l'astrattezza della fattispecie, in quanto «*il concreto pericolo*» si riferisce alla diffusione e non alla negazione. Per cui, il giudice dovrà valutare non che la tesi negazionista abbia raggiunto dei destinatari portando materialmente a condotte discriminatorie, ma soltanto l'idoneità della condotta a diffondersi.

Per questi e altri motivi, la gran parte della dottrina ha suggerito di abolire sia il reato di negazionismo sia, più in generale, tutti i reati di opinione: oltre alla loro scarsissima applicazione giurisprudenziale essi costituiscono un pericoloso precedente, che finisce per legittimare scelte punitive da Stato autoritario, costituzionalmente incompatibili, specialmente con l'art. 21 Cost.⁴⁶⁰

A seguito di tali considerazioni, unitamente a quelle svolte poco sopra in merito alla peculiarità negazionismo quale reato d'opinione, emerge il vero intento del legislatore europeo: l'esaltazione dei valori identitari europei. Come già accennato nel terzo capitolo, si assiste ormai da alcuni anni, a campagne di penalizzazione promosse dall'UE, fondamentalmente basate sull'etica: si pensi al reato di pedopornografia virtuale o anche proprio al negazionismo⁴⁶¹. La criminalizzazione di tali condotte, non si basa sulla loro reale dannosità ma sulla mera percezione di "irritabilità sociale"⁴⁶². Il reato così diventa, per il legislatore europeo, il perimetro etico entro cui il cittadino europeo deve muoversi e, in questo modo, viene individuato il modello ideale di cittadino, che incarna buoni sentimenti e buoni comportamenti, e che funge, per l'UE, da "*testimonial*"⁴⁶³. Si tutela un valore per poter affermare in modo simbolico il clima maggioritario di valori, in

⁴⁵⁸ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit. (nota 438), 1002 ss.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*. Nella dottrina penalistica, Gabrio Forti e Matteo Caputo sostengono l'incriminazione del negazionismo. Per l'abolizione dei reati d'opinione, v. C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 893 ss.

⁴⁶¹ C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit. (nota 108), 1168.

⁴⁶² *Ibidem*.

⁴⁶³ *Ibidem*.

opposizione alla (esigua) minoranza in disaccordo: la Civiltà “buona” contro quella “cattiva”.

Tuttavia, per un diritto penale autenticamente laico, e che intenda rimanere tale, non è possibile “fare eccezioni”, fondando talvolta la legittimazione punitiva su basi etiche al di fine difendere valori identitari scarsamente minacciati dall’espressione, di per sé non dannosa, di personali convincimenti⁴⁶⁴. In altre parole, il negazionismo viene punito per il fatto di essere portatore di un’ideologia contraria a quella generalmente condivisa in Europa, e per questo il diritto penale, ergendosi a difensore dell’ideologia prevalente e legittimandosi tramite questa, si occupa di eliminare il nemico senza proporzionare lo strumento col quale lo attacca. Infatti, aderendo a quella forma di paternalismo denominata ‘diritto penale del nemico’ già illustrata nel capitolo 2, il legislatore nostrano ha deciso di “non badare a spese”, istituendo una pena completamente sproporzionata, simbolicamente appunto, per “eliminare” il nemico negazionista⁴⁶⁵.

Il grande rischio allora sarà che, se si continuerà di questo passo, il diritto penale europeo potrebbe arrivare a legittimarsi su di un’ideologia, quella della supremazia dei valori europei-occidentali sugli altri, migrando da un modello laico ad una vera e propria ‘ideocrazia’⁴⁶⁶.

Il negazionismo porta con sé un’ideologia mostruosa e ributtante, ma esso, in una moderna società laica, deve essere combattuto non con il diritto penale, ma con gli strumenti del dialogo, della cultura e dell’educazione⁴⁶⁷. Infatti, l’istituzione del negazionismo, oltre che essere, come si è visto, traumatica per il diritto penale, ha il sapore amaro della sconfitta culturale del nostro paese che, per affermare una verità storica di un fatto tanto acclarato, è dovuto ricorrere, illegittimamente e inopportuno, al diritto penale.

⁴⁶⁴ C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1173.

⁴⁶⁵ Con edituali di pena tanto alti, non è nemmeno possibile, per l’imputato del reato in commento, di usufruire di alcuni istituti diritto sostanziale o processuale, come la lieve tenuità del fatto, o la sospensione del procedimento con messa alla prova, v. A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, cit. (nota 411), 301 ss.

⁴⁶⁶ C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. (nota 108), 1173.

⁴⁶⁷ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 151.

3. Laicità e multiculturalismo

Le democrazie occidentali, come è noto, sono oggi caratterizzate da un vasto multiculturalismo e multiconfessionismo, esplosi in Europa, soprattutto in anni recenti, a causa della globalizzazione e dei flussi migratori⁴⁶⁸.

Talora può accadere che le culture e le fedi minoritarie nate in contesti diversi rispetto al paese ospitante, entrino in conflitto con le sue tradizioni e le sue leggi. Tali “scontri fra civiltà” sono inevitabili e connaturati al tema dell’integrazione: un tema di fondamentale importanza oggi, visto che la non-integrazione porta prima all’emarginazione sociale, poi alla nascita di sentimenti di odio delle minoranze nei confronti delle maggioranze (e viceversa), fino a manifestarsi in vere e proprie guerre e attacchi terroristici, come purtroppo ben sappiamo. Ecco allora che deve intervenire il principio di laicità dello Stato: in presenza di culture, fedi e tradizioni diverse, lo Stato laico, dovendo mantenersi neutrale ed equidistante, deve agire in modo da garantire un *«pluralismo confessionale e culturale nel quale convivano, in eguaglianza di libertà, le più diverse fedi e culture, e trovino riconoscimento il maggior numero di interessi e valori pur in conflitto»*⁴⁶⁹. Il principio supremo di laicità dello Stato, definita anche *«laicità positiva»* o *«all’italiana»*, implica quindi un impegno concreto dello Stato per garantire l’effettivo pluralismo⁴⁷⁰. La laicità non è solo una propensione generica alla tolleranza, ma è un atteggiamento di *«attenta equidistanza»* verso le scelte ideologiche e fideistiche, che richiede *«un congruo adeguamento funzionale dei pubblici poteri»*⁴⁷¹.

Se il fine è il pluralismo bisognerà allora comprendere quali siano i mezzi per raggiungerlo, e cioè come permettere la convivenza pacifica delle diverse confessioni e culture.

Certamente uno strumento può essere il diritto penale, il quale fornirà le regole minime per una pacifica convivenza. Tuttavia, come si vedrà, il multiculturalismo può far sorgere problemi anche nella materia penale. Il legislatore infatti, individua quali debbano essere

⁴⁶⁸ C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

⁴⁶⁹ Così N. MARCHEI, *La giurisprudenza ordinaria in materia penale: le contraddittorie anime del principio di laicità*, in www.statoechiese.it, 21, la quale richiama: Corte Cost., Sentenza 18 ottobre 1995, n. 440; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 166.

⁴⁷⁰ Corte Cost., sentenza 12 aprile 1989, n. 203.

⁴⁷¹ P. BELLINI, *Riflessioni sull’idea di laicità*, in AA.VV., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Atti del Convegno di Studi, Jovene, 1991, 41.

i reati pensando e riferendosi ad una determinata collettività compatta e omogenea, ma se questa collettività muta, divenendo disomogenea, andrà in crisi il diritto stesso, in quanto perderà i suoi punti di riferimento⁴⁷².

Ecco allora che i ‘conflitti culturali’ in materia penale sono stati ricondotti, in dottrina e in giurisprudenza, alla categoria dei c.d. ‘reati culturalmente motivati’ (o ‘culturalmente orientati’ o ‘culturali’)⁴⁷³. La dottrina ha fornito diverse definizioni di questa tipologia di reati, e quella comunemente accettata è la seguente: «*un comportamento realizzato da un soggetto appartenente a un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall’ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all’interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura incoraggiato o imposto*»⁴⁷⁴.

Semplificando, davanti a questi ‘reati culturali’ vi sono due modelli possibili di politica criminale: il modello c.d. ‘pluralista’ (o ‘multiculturalista’), e cioè una laica propensione alla tolleranza e alla tutela delle differenze comportamentali di etnie e gruppi religiosi; il modello c.d. ‘assimilazionista’, teso a perseguire l’omogeneità dei comportamenti sociali⁴⁷⁵. Pur non essendo possibile affermare che i paesi occidentali seguano sempre il modello ‘pluralista’, in generale si può notare che essi tendono tutti – sia pure con differenti modalità e misure e sia pure con repentini “cambiamenti di rotta” nel breve periodo - a dare un certo riconoscimento giuridico al ‘fattore culturale’ dell’autore⁴⁷⁶.

⁴⁷² La dottrina ha scritto a lungo sul carattere ‘provincialistico/nazionalistico’ del diritto penale, v., G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, 2004, 13; O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Il Mulino, 2001, VII; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, 2006, 53; M. DELMAS MARTY, “Verso un diritto penale comune europeo?”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 543; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 173 ss. Parafrasando un famoso detto popolare, si potrebbe dire: «paese che vai, reato che trovi».

⁴⁷³ Sul multiculturalismo nel diritto penale si segnalano tre fondamentali monografie: F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, 2010; A. BERNARDI, *Il ‘fattore culturale’ nel sistema penale*, Giappichelli, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010.

⁴⁷⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 42; Negli stessi termini C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit., 30.

⁴⁷⁵ A. BERNARDI, *Relativismo dei valori e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari - L. Stortoni, op. cit. (nota 22), 241 ss.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

Per quanto riguarda l'Italia, analizzando le norme e la giurisprudenza in questa materia, si può notare che le fattispecie di reato meno gravi, c.d. 'a bassa offensività', sono più facilmente "scusabili" con la motivazione culturale, rispetto alle fattispecie c.d. 'ad elevata offensività'⁴⁷⁷.

Preliminarmente infatti si può notare che sono presenti, in alcune norme di parte speciale a bassa offensività, delle clausole di illiceità speciale (ad esempio, «*senza giustificato motivo*»)⁴⁷⁸. Nella parte generale del codice penale, pur non essendo presenti norme specificamente pensate per i 'reati culturali', possono entrare in gioco, solo per i reati a bassa offensività, alcuni istituti⁴⁷⁹. In primo luogo, l'esercizio di un diritto in funzione scriminante quando vi è una norma religiosa ad imporre un determinato comportamento (art. 51 c.p.): sia la Costituzione che la CEDU infatti, garantendo il diritto a professare una fede, possono agire come causa di giustificazione. Per fare un esempio, si potrebbe citare il caso della circoncisione maschile. Un altro istituto di parte generale che può venire utilizzato per questi reati, è l'ignoranza inevitabile della legge penale di cui all'art. 5 c.p., a seguito della rilettura della Consulta con la sentenza n. 364 del 1988⁴⁸⁰. Cittadini stranieri di passaggio o appena giunti in Italia, che avevano commesso reati bagatellari, sono stati infatti assolti dai giudici di merito in più occasioni, per ignoranza inevitabile della legge penale italiana⁴⁸¹. Inoltre, 'l'errore di fatto che esclude il dolo' di cui all'art. 47 c.p. può, in alcuni casi, portare all'assoluzione in quanto il soggetto può essere indotto in errore per via di errate percezioni (errore di fatto) o per via della propria ignoranza dei costumi italiani (errore di diritto)⁴⁸².

⁴⁷⁷ F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Ragion pratica*, fasc. 40, 2013, 37 ss.

⁴⁷⁸ Ad esempio, la contravvenzione di cui all'art. 5 l. 22 maggio 1975, n. 152, punisce chiunque, *senza giustificato motivo*, in luogo pubblico o aperto al pubblico, mediante l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo, renda difficoltoso il riconoscimento della propria persona.

⁴⁷⁹ F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., 37 ss. Esistono invece norme di parte speciale, come il 583 bis c.p., specificamente pensate per gli immigrati. In ogni caso, non è da sottovalutare il pericolo di reazioni di rigetto dall'opinione pubblica, qualora venisse accordata una tutela esplicitamente di favore per gli immigrati che commettono reati culturalmente orientati.

⁴⁸⁰ F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., 40

⁴⁸¹ *Ibidem*. Ad esempio, un cittadino senegalese, di passaggio in Italia, colto in flagrante nel vendere accendini privi del bollo di Stato è stato assolto per ignoranza inevitabile della legge penale. Così in Pretura di Pescia, 21 novembre 1988, *Seck*, in *Foro It.*, 1989, II, 247.

⁴⁸² F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., 40 ss. Un soggetto, ad esempio, potrebbe compiere una contraffazione di un marchio, non sapendo di commetterla in quanto non a conoscenza del marchio. Per approfondimenti circa l'errore sul fatto v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit. (nota 21), 294 ss.

Tali istituti, che possono portare ad esiti assolutori in caso di reati culturali a bassa offensività, come si anticipava, non possono agire allo stesso modo per i reati ad alta offensività (maltrattamenti, lesioni, violenze sessuali, omicidi, ecc...), e ciò per diverse ragioni.

In primo luogo, i diritti lesi dai reati ad alta lesività, bilanciati con il diritto alla libertà religiosa, non possono che prevalere rispetto a questo. Infatti, secondo l'orientamento prevalente, si deve negare efficacia esimente al diritto di libertà religiosa in ogni caso in cui esso «soffra di un limite esterno e invalicabile al proprio esercizio, derivante dal contrasto con un interesse di predominante rilievo costituzionale, incorporato nell'oggettività giuridica della norma penale»⁴⁸³. L'esercizio del diritto alla libertà religiosa viene «ad essere legittimamente limitato e circoscritto ab externo da norme penali poste a tutela di interessi preminenti (o, almeno, di pari rango), sul piano dei valori costituzionali, quali, in primis, i diritti inviolabili dell'individuo di cui all'art. 2 Cost.»⁴⁸⁴. Si approfondirà l'argomento nel prossimo paragrafo.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha negato l'insussistenza del dolo per errore sul fatto in caso di reati ad elevata offensività, in quanto il disvalore della condotta sarebbe universalmente percepibile, poiché contrastante con «criteri naturali di pacifica convivenza fra esseri umani»⁴⁸⁵.

Infine, nemmeno l'ignoranza inevitabile della legge penale potrebbe portare, per i reati gravi, ad un'assoluzione. Secondo la Corte di Cassazione, «basterà richiamare l'evoluzione, al giorno d'oggi, dei rapporti internazionali, sotto il profilo degli scambi socio-culturali (diffusione dei mezzi di comunicazione, reciproca conoscenza di usi e costumi) ed il fenomeno delle immigrazioni, per rendersi conto delle conseguenze aberranti della 'generalizzazione' del principio dell'ignoranza scusabile della legge del paese ospitante, invocata in base alla diversità della tutela penale rispetto al paese d'origine»⁴⁸⁶.

⁴⁸³ A. GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Dir. Eccl.*, 2003, 1021.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. Nello stesso senso, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 154.

⁴⁸⁵ Tribunale di Torino, 21 ottobre 2002, in *Quest. Giust.*, 2003, 666 ss.

⁴⁸⁶ Cass. 7 dicembre 1993, Tabib, in *Giust. pen.*, II, 1994, 489.

Tirando le somme, vi è un orientamento consolidato della Cassazione per cui, rispetto ai reati culturalmente motivati c.d. ‘ad elevata offensività’, viene respinta ogni strategia difensiva basata sulla diversità culturale, che punti all’assoluzione dell’imputato. Si è parlato infatti, di *«teoria dello “sbarramento invalicabile”»*, secondo la quale *«i principi costituzionali dettati: dall’art. 2 Cost. [...] dall’art. 3 Cost. [...], costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come antistorici a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l’affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero»*⁴⁸⁷.

Il fattore culturale tuttavia potrebbe emergere in sede di commisurazione della pena. La Cassazione infatti, ritiene che i criteri di cui all’art. 133 comma 2 n. 1 e 4 c.p., dei *«motivi a delinquere»*, e delle *«condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo»*, siano in grado di valorizzare la motivazione culturale⁴⁸⁸.

Secondo la dottrina, tali operazioni della giurisprudenza costituiscono un buon compromesso in quanto da un lato, per i reati gravi, la motivazione culturale non incide sull’*an* della responsabilità, e dall’altro, nel rispetto del principio di uguaglianza secondo cui vanno trattati diversamente i casi diversi, si individualizza la risposta sanzionatoria incidendo sul *quantum*⁴⁸⁹.

In conclusione, visto che le norme penali italiane sono espressione della nostra cultura, un prudente e contenuto riconoscimento ‘*pro reo*’ del fattore culturale, può risultare giusto e doveroso, allorché si consideri che l’autore del reato abbia agito nel rispetto della propria cultura, esprimendo quindi una colpevolezza e una rimproverabilità più lievi. L’apertura del nostro ordinamento penale alla diversità culturale e alla sua tolleranza, non può però essere illimitata. Per la sopravvivenza stessa della società pluralista, sono fondamentali dei limiti come il rispetto dei diritti fondamentali⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Cass. 16 dicembre 2008 n. 46300. In dottrina v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati - il diritto penale nelle società multiculturali*, cit. (nota 473), 168 ss.

⁴⁸⁸ Per l’illustrazione di alcune sentenze della Cassazione in questo senso v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati - il diritto penale nelle società multiculturali*, cit. (nota 473), 425-430.

⁴⁸⁹ F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit. (nota 477), 50 ss.

⁴⁹⁰ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit. (nota 472), 128 ss.

3.1 La religione come causa di giustificazione o come attenuante

È opportuno un breve approfondimento circa la tematica di «*laicità in senso stretto*»⁴⁹¹, del conflitto tra libertà religiosa e diritti di terzi: nello specifico, si cercherà di comprendere se il principio di laicità in questo settore agisce correttamente.

Il diritto di esercitare la propria libertà religiosa è un diritto soggettivo e costituzionale, limitato internamente, ex art. 19 Cost., dal buon costume, e limitabile esternamente solo da altri diritti costituzionalmente garantiti⁴⁹².

Nei reati ‘religiosamente motivati’ si assiste ad una convergenza tra una norma incriminatrice e la norma di liceità ‘diritto di libertà religiosa’ - che include le facoltà di osservare i precetti correlati e di propagandare il proprio credo - traghettata nell’ambito penalistico dall’art. 51 c.p. il quale, tuttavia, non indica quando la norma attributiva del diritto debba prevalere sulla norma incriminatrice, come se presupponesse che il conflitto sia già risolto⁴⁹³. Ci sono invece casi nei quali la norma incriminatrice prevale. Quindi è necessario «*procedere secondo la logica del bilanciamento concreto propria della generalità delle scriminanti: logica sulla base della quale il sacrificio di un determinato interesse, di regola penalmente tutelato, viene considerato ammesso ove appaia necessario e proporzionato in ragione dell'esigenza di tutelare un altro interesse pure esso ritenuto meritevole di considerazione da parte dell'ordinamento*»⁴⁹⁴.

È appena il caso di osservare, che l’ordinamento, ai fini dell’applicazione della scriminante, richiede che il comportamento realizzato costituisca una esatta estrinsecazione delle facoltà inerenti il diritto in questione e, quindi, l’abuso del diritto ricade fuori dall’ambito di operatività dell’esimente⁴⁹⁵.

Nell’opera di bilanciamento concreto, si utilizzeranno i classici criteri del confronto astratto fra disposizioni (gerarchico, cronologico e di specialità)⁴⁹⁶, e soprattutto i criteri di carattere valutativo di fonte giurisprudenziale, ricavabili dal confronto fra i beni in

⁴⁹¹ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 440.

⁴⁹² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 285.

⁴⁹³ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 283 ss.; *Commento all'articolo 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. L. Gatta, IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2017 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁴⁹⁴ *Commento all'articolo 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. L. Gatta, cit., §1.

⁴⁹⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 284.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

conflitto, nel contesto delle concrete modalità di svolgimento del fatto⁴⁹⁷. Quindi si dovrà procedere caso per caso, con inevitabili margini di incertezza, al fine di, nella logica propria delle cause di giustificazione, “aggiustare il tiro” operato dal legislatore con scelte astratte di criminalizzazione evitando che condotte concretamente non antigiuridiche vengano punite, e che invece lo siano quelle propriamente antigiuridiche⁴⁹⁸.

All’interno di questo bilanciamento concreto ad opera della giurisprudenza, la “bussola” sarà data quindi dalla valutazione del sacrificio del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, che dovrà apparire «*necessario*» e «*proporzionato*» al fine di realizzare adeguatamente il diritto che si vuole esercitare.

La giurisprudenza, per quanto riguarda la libertà di religione, come già si diceva nel precedente paragrafo, fa rientrare nei limiti della scriminante (in quanto proporzionata e necessaria rispetto alla esigenza di esercitare il diritto) le condotte di modesta entità lesiva, reati c.d. ‘a bassa offensività’, come il rifiuto di assumere, per motivi religiosi, l’ufficio di giudice popolare. All’opposto, non possono essere coperte dall’art. 51 c.p., in relazione ad una pretesa libertà di religione, quelle condotte capaci di mettere in pericolo o ledere controinteressi di rango sicuramente prevalente come la vita di un minore soggetto alla potestà di chi invoca il diritto scriminante⁴⁹⁹. La Cassazione infatti, in una sentenza degli anni ’80 piuttosto famosa, ritenne responsabili di omicidio due genitori che rifiutarono, per motivi religiosi, una terapia trasfusionale necessaria a salvare la vita della figlia minore⁵⁰⁰.

Condivisibile il pensiero di un’autorevole dottrina, che ha sostenuto, nella materia dei reati ‘religiosamente motivati’, l’irragionevolezza delle soluzioni estreme: *«da un lato, soluzioni ispirate ad una integrale laicità, cioè al radicale disconoscimento della potenziale efficacia esimente del movente religioso, si rivelerebbero nella sostanza illiberali nella loro totalitaria indifferenza verso le esigenze personali della coscienza individuale. Ma, dall’altro lato, anche la costruzione di una generale e generica esimente (o addirittura causa di giustificazione) fondata sulla libertà di coscienza individuale, normativamente ricavabile dall’art. 2 Cost. o dall’art. 10 della Carta di Nizza, sarebbe*

⁴⁹⁷ *Commento all’articolo 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. L. Gatta, cit., §2.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ *Commento all’articolo 51 c.p.* in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. L. Gatta, cit., §7.

⁵⁰⁰ Cass. Pen., sez. I, sentenza 13 Dicembre 1983, n. 667, Oneda, in *Foro It.*, II, 1984, 361.

decisamente improponibile. Specialmente, in un mondo ormai caratterizzato da un multiculturalismo, tale da funzionare in un certo senso da moltiplicatore degli imprevedibili effetti scriminanti della libertà di coscienza religiosa»⁵⁰¹.

Quindi dottrina e giurisprudenza concordano, nel prediligere in questo settore, la soluzione mediana del bilanciamento concreto fra interessi⁵⁰².

Tuttavia in questa materia, il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza ha portato talvolta ad abusi e anomalie⁵⁰³. Infatti, in diversi casi anche recenti, il Cristianesimo, quale religione della maggioranza dei cittadini, è riuscito a fungere da scriminante («*esercizio di un diritto*» di cui all'art. 51 c.p.) anche per reati piuttosto gravi, laddove generalmente tale opportunità non veniva e non viene concessa alle altre religioni. Si è venuta a creare così *de facto*, una disparità di trattamento tra confessioni religiose manifestamente contraria al principio di laicità.

Tornano alla mente le parole di Giovanni Fiandaca relativamente al diritto giurisprudenziale: «*un diritto talora creativamente “legittimo” e prevedibile in termini di ragionevole certezza, ma talaltra creativamente “abusivo” o capricciosamente anarchico*»⁵⁰⁴.

Per fare un esempio, si può citare un caso che ha fatto particolare scalpore in dottrina⁵⁰⁵. Un sacerdote cattolico, condannato in primo grado per favoreggiamento personale aggravato, viene assolto in Corte di Appello, per aver commesso il fatto nell'esercizio di un diritto e cioè per avere esercitato il suo ministero di sacerdote, visitando un capo-mafia latitante e dicendo messa nel suo nascondiglio⁵⁰⁶. Sentenza poi confermata dalla Suprema Corte che ha affermato la regola della piena libertà della Chiesa di svolgere la sua

⁵⁰¹ F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, cit. (nota 114), 442.

⁵⁰² Si veda anche S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 152 ss.

⁵⁰³ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità* cit. (nota 78), 20 ss.

⁵⁰⁴ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, op.cit. (nota 11), 239 ss.

⁵⁰⁵ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 21 ss.; N. MARCHEI, *La giurisprudenza ordinaria in materia penale: le contraddittorie anime del principio di laicità*, cit. (nota 469), 11 ss.; G. CROCCO, *Diritto, ordine e religione nella tutela penale*, in AA.VV., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, 2014, 235 ss.

⁵⁰⁶ Corte di Appello di Palermo, Sentenza 5 Novembre 1999, così riportata in G. CROCCO, *Diritto, ordine e religione nella tutela penale*, in AA.VV., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di A. Fuccillo, cit., 237.

missione pastorale e di esercitare il magistero spirituale, in applicazione degli accordi di Villa Madama del 1984 e che tali esigenze, di sicuro e diretto rilievo costituzionale, possano arrivare a prevalere sulle pretese punitive dello Stato fino ad annullarle⁵⁰⁷.

In molti altri casi, come si è detto, la Cassazione aveva ritenuto la libertà religiosa non idonea ad essere invocata quale causa di giustificazione, laddove sussistessero gli estremi di un illecito penale grave⁵⁰⁸. Infatti come altro esempio si può citare il caso degli aderenti ad un nuovo movimento religioso⁵⁰⁹ che sono stati condannati per il reato di associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di stupefacenti, per l'uso rituale di una bevanda, la 'ayahuasca', contenente la sostanza psicotropa dimetiltriptamina (DMT), vietata dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, in grado portare ad uno stato, simile all'estasi mistica, di "espansione della coscienza"⁵¹⁰.

Due casi emblematici dunque, in cui erano coinvolti reati anche gravi, e per i quali si sono utilizzati due pesi e due misure, in aperto contrasto con i principi di uguaglianza e laicità.

Viene da chiedersi se l'assoluzione del sacerdote cattolico di cui sopra sarebbe mai stata accordata, ad esempio, ad un imam⁵¹¹.

Proseguendo, è necessario anche valutare l'ipotesi dell'applicazione delle attenuanti generiche ai reati 'religiosamente motivati'. L'art 62 c.p. contempla l'ipotesi dell'«*aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale*», e cioè, secondo la giurisprudenza, per motivi approvati dalla coscienza comune, e che risultano altresì apprezzabili sotto il profilo etico o sociale e anche religioso. Sottolinea la Cassazione, che il motivo religioso, per potersi applicare le attenuanti comuni di cui al comma 1 n. 1 dell'art. 62 c.p., deve essere «*conforme alla morale dominante del popolo italiano*

⁵⁰⁷ Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 27856/2001, in *Il diritto Ecclesiastico*, fasc. 4, 2001, 242-251, così riportata in E. TARTAGLIA, *Compendio di diritto ecclesiastico*, Maggioli, 2012, 191.

⁵⁰⁸ Gli altri beni costituzionali, fungerebbero da limite esterno alla libertà religiosa (il limite interno è il buon costume). Così G. CROCCO, *Diritto, ordine e religione nella tutela penale*, cit. (nota 505), 229; Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 285.

⁵⁰⁹ Il 'Santo Daime' di origini brasiliane.

⁵¹⁰ Cass. pen., Sez. VI, sentenza 6 Ottobre 2005, n. 44227; caso citato in G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 21 ss.; N. MARCHEI, *La giurisprudenza ordinaria in materia penale: le contraddittorie anime del principio di laicità*, cit. (nota 469), 11 ss.

⁵¹¹ Domanda retorica posta da G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 21 ss.

*nell'attuale momento storico»*⁵¹². La rara applicazione dell'attenuante generica quindi, potrà essere utilizzata solo quando il motivo religioso coinciderà con una valutazione sociale molto condivisa. Ma la giurisprudenza ordinaria, così interpretando l'art. 62 c.p. relativamente ai reati 'religiosamente motivati', compie, a parere di chi scrive, un atavico errore⁵¹³. Dal momento che il Cattolicesimo è ancora oggi la religione della stragrande maggioranza degli italiani e che le altre religioni hanno un numero di adepti largamente esiguo rispetto ad esso, andrà da sé che le attenuanti comuni in commento verranno accordate esclusivamente alle condotte motivate dal credo Cristiano cattolico. È infatti improbabile che una condotta ispirata da un motivo religioso non Cristiano, possa rispondere al requisito della 'conformità alla morale dominante'. Palesemente torna in auge il vecchio metodo, usato in passato anche dalla Corte costituzionale, del criterio 'quantitativo', mascherato talvolta in criterio 'sociologico' o 'culturale', al fine giustificare i privilegi attribuiti alla Chiesa e ai Cattolici. In merito all'attenuante in commento, come afferma la dottrina più autorevole, l'azione commessa dev'essere oggettivamente una risposta riconoscibile e non incongrua rispetto al motivo, il quale dovrà essere valutato sulla base dei principi e dei valori accolti in Costituzione o emersi nella legislazione ordinaria⁵¹⁴.

In generale è possibile affermare che se la Consulta ha dichiarato di aver compiuto un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, altrettanto non può dirsi per la giurisprudenza ordinaria e quella amministrativa⁵¹⁵. Quest'ultima, infatti, ha fatto ricorso al criterio 'culturale', e cioè la considerazione che la religione cattolica sia patrimonio culturale e storico del Paese, al fine di "salvare" il crocifisso nelle sedi pubbliche, asserendo che esso non deve essere tanto considerato un simbolo religioso, ma più un simbolo culturale del nostro paese⁵¹⁶.

⁵¹² Cass. Pen., I sez., sentenza 6 Dicembre 1950, in *Giust. pen.*, II, 1951, 379; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 458.

⁵¹³ Anche Basile critica tale interpretazione, v. F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit. (nota 477), 44 ss.

⁵¹⁴ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit. (nota 23), 458 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. (nota 21), 519 ss.

⁵¹⁵ Cfr. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 8 ss.; S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, cit. (nota 61), 538 ss.

⁵¹⁶ *Ibidem*. Per l'interessante analisi dell'iter, peraltro non concluso, del crocifisso nelle sedi pubbliche, si rinvia al sito dell'UAAR www.uaar.it, e nello specifico alla pagina della campagna 'Scrocifiggiamo l'Italia', ricca di risorse online.

In questa corrente filo-cattolica e discriminatoria nei confronti delle altre religioni, si è inserito anche il legislatore quando, nel 2006, decise di introdurre, conformandosi all'orientamento prevalso a livello internazionale, l'art. 583 bis c.p.: «*Pratiche di mutilazione genitale femminile*»⁵¹⁷. Tali pratiche, sono sanzionate più rigorosamente rispetto alle lesioni personali comuni, proprio per il loro movente culturale-religioso (non cattolico) che, di norma, le sostiene, ritenendosi che non possa nemmeno operare la causa di giustificazione del «*consenso dell'avente diritto*», prevista dall'art. 50 c.p. quando viene pregiudicata integralmente la funzionalità dell'organismo o la vita di relazione del soggetto⁵¹⁸.

La dottrina ha parlato di legge “simbolica” e intollerante, in quanto non applica la disciplina comune, non rende operative né scriminanti né attenuanti, ma «*sceglie di punire di più il fatto che trova la sua motivazione in una ‘cultura’ diversa dalla nostra*»⁵¹⁹: quindi la religione diviene addirittura un elemento costitutivo del reato. In questo caso la discriminazione per una religione non cattolica, si spinge al limite della xenofobia. Autorevole dottrina ha parlato anche di ‘ineffettività’ della norma, considerando, fra le altre cose, il rischio che coloro che intendano praticare queste mutilazioni possa fuggire all'estero⁵²⁰.

In conclusione di questi paragrafi riguardanti la religione e il diritto penale, siano consentite alcune riflessioni.

Innanzitutto, come primo punto, si deve ribadire l'insostenibilità di una disciplina di *favor religionis* in materia di tutela penale del sentimento religioso. Nella prospettazione del

⁵¹⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale - Parte speciale*, Vol. 2, tomo primo, 4^a ed., Zanichelli, 2013, 76 ss.

⁵¹⁸ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 22.

⁵¹⁹ F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in www.statocchiese.it, 2007, 57.

⁵²⁰ Nonostante la bassissima rilevanza giurisprudenziale possa portare a valutazioni trionfalistiche, «*risulta ben difficile ipotizzare, tuttavia, che la nuova legge abbia davvero comportato l'eradicazione di queste pratiche: molto più probabilmente, invece, sono stati solo ulteriormente innalzati e ispessiti gli schermi dietro i quali le MGF continuano ad essere effettuate in condizioni di clandestinità, e rafforzati i vincoli di complicità e omertà all'interno dei gruppi di immigrati ancora legati a tale tradizione, con conseguente, ulteriore chiusura verso la società e la cultura italiane. Né è da escludere che siano aumentati i casi in cui si attenda un rientro nel paese d'origine (una vacanza o addirittura un viaggio programmato ad hoc) per sottoporre le proprie figlie a MGF*». Così F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., 20 ss. Per ulteriori approfondimenti v. ID, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Diritto penale e processo*, 2006, fasc. 6, 690 ss.

legislatore e della Consulta, non si tutela il sentimento relativo al fatto religioso quale che sia, ma il sentimento dei soli credenti, con una conseguente palese e irragionevole discriminazione che non rispetta l'art. 3 Cost.

È «*paradossalmente curioso*»⁵²¹ che la Corte costituzionale abbia posto a fondamento dei reati contro il sentimento religioso l'art. 19 Cost., e non abbia parificato, in armonia con esso, i credenti con i non credenti⁵²². Tutto ciò comporta negare la piena dignità e la legittimità stessa delle convinzioni non fideistiche, e assicura alle religioni positive e ai loro seguaci, una posizione di privilegio, un trattamento speciale che può essere giustificato solo dall'esistenza nell'ordinamento del principio del *favor religionis*, largamente praticato nel passato dalla giurisprudenza⁵²³.

Sintetizzando questo primo punto, si può dire che ad oggi i 'non credenti' non ricevono tutela penale pari a quella dei credenti.

In secondo luogo, l'applicazione giurisprudenziale delle cause di giustificazione e delle attenuanti generiche, unita a leggi assai discutibili come quella che ha introdotto il reato di cui all'583 bis c.p. appena commentato, rendono piuttosto chiaro il fatto che, anche fra le religioni "positive" non vi è parità nel campo del diritto penale, e nel diritto in generale: come se, in concreto, l'art. 19 Cost. si differenziasse, e cioè come se esistessero diversi gradi di 'libertà religiosa'. La 'libertà di serie A' della Chiesa cattolica e dei cattolici, destinatari negli anni di tutele privilegiate e «*ancora oggi coperti, in sede civile, penale ed amministrativa, da un confessionismo "strisciante" di matrice anche, ma non solo, giurisprudenziale*»; La 'libertà di serie B' di quelle (poche) confessioni che hanno avuto modo di concordare patti con lo Stato; la 'libertà di serie C', delle confessioni "di fatto", per la cui condizione giuridica si rinvia ancora alla disciplina della legge n. 1159/1929, vecchia di quasi novanta anni, a finalità repressiva e di controllo assolutistico⁵²⁴. La libertà religiosa ha un peso ben diverso per i primi, per i secondi e per gli ultimi, e «*il "neo-confessionismo" (evocativo di suggestioni identitarie) conduce alla manipolazione semantica dei concetti ad opera della giurisprudenza, e piega la laicità -*

⁵²¹ A. BALDASSARRE, *È costituzionale l'incriminazione della bestemmia?*, in *Giur. cost.*, 1973, 72.

⁵²² Fin dalla sentenza della Corte Cost., n. 117 del 1979 si era affermato che la 'libertà di non credere', era da ricondurre nell'alveo dell'art. 19 Cost.

⁵²³ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, 2001, 24.

⁵²⁴ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 19 ss.

paradossalmente espressa dal Crocifisso, simbolo per eccellenza del cristianesimo - alla funzione di creare nuove divisioni, anziché “alla funzione civilizzatrice di un common sense democraticamente illuminato”⁵²⁵. E la piega proprio in un settore dell’esperienza giuridica, quello penale, in cui a maggiore ragione (per l’immediata, diretta implicazione dei beni primari della vita e dei diritti inviolabili della persona) la garanzia della laicità e dell’uguaglianza dovrebbe concorrere, con le parole della Corte, “rispetto ad alcuni potenziali fattori di disuguaglianza (tra i quali la religione)” ... “alla protezione delle minoranze”⁵²⁶.

Tale c.d. ‘*neoconfessionismo strisciante*’, di cui si sono illustrate le caratteristiche fin dal primo capitolo, viene permesso dal silenzio assordante della Corte costituzionale, che dovrebbe essere l’arbitro imparziale dell’ordinamento, non facilmente influenzabile dalle richieste popolari, e consente quindi al legislatore di accordare privilegi alla Chiesa Cattolica nella materia in commento (e non solo), e quando le norme sono “neutre” la consolidata applicazione che ne fa la giurisprudenza produce altrettante disparità di trattamento.

Tutto ciò induce a ritenere che *«il diritto penale ecclesiastico sia scandito dalla partizione nei modelli giuridici di ‘diritto penale dell’amico e del nemico’, di favore e di sfavore, di protezione e di repressione. È questo un altro aspetto di quel paternalismo che si manifesta come “tendenza autoritaria del diritto che, invece di tutelare il cittadino nella sua sfera di libertà”, ne valuta le appartenenze, le credenze, il quadro etico-valoriale in cui esso opera e, alla luce di questi elementi, talora “lo favorisce come amico” e talaltra, in fattispecie identiche o simili, “lo controlla e lo combatte come nemico”⁵²⁷.*

Le discriminazioni religiose presenti nel codice Rocco all’indomani della sua entrata in vigore erano palesi ma coerenti con i principi costituzionali dell’epoca, oggi invece, nello Stato repubblicano, davanti alle altisonanti asserzioni di una laicità intesa come principio supremo dell’ordinamento costituzionale, viene realizzata seguendo sentieri più nascosti

⁵²⁵ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 142, che richiama (alla nota 10) il pensiero di J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, Einaudi, 2001.

⁵²⁶ Così Corte Cost., Sentenza n. 329 del 1997. L’intera citazione deriva da G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 19 ss.

⁵²⁷ Così G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 20; il quale a sua volta richiama S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 141.

e contorti⁵²⁸. E così, la discriminazione «trova oggi spazio nell'utilizzo discrezionale e irragionevole delle cause di giustificazione, nella disapplicazione sistematica di fattispecie di reato esistenti, nel disvalore mostrato nei confronti di culture altre e, di contro, nella protezione garantita alla nostra, di cui la religione (cattolica) rappresenta parte integrante, il tutto con buona pace del pluralismo confessionale e culturale che dovrebbe connotare, in tutti i settori dell'ordinamento, la nostra laicità»⁵²⁹.

4. I temi eticamente sensibili

In materia penale, i temi c.d. eticamente sensibili⁵³⁰ e in particolare le questioni di bioetica e biodiritto, oltre ad essere numerosi e complessi, lanciano sfide importanti⁵³¹. Per la complessità dell'argomento, sarà possibile qui soltanto abbozzare alcuni profili generali che si reputa interessanti, sottesi a tali tematiche, cercando soprattutto di comprendere come un diritto penale laico dovrebbe comportarsi di fronte a temi tanto spinosi come quelli, ad esempio, c.d. 'di inizio e fine vita'.

Preliminarmente è opportuno segnalare che, in generale, di fronte a questioni eticamente controverse il legislatore penale può scegliere fra due strade alternative:

- La prima suggerisce che ciascuno deve essere libero di scegliere i propri valori e fini, e di agire conseguentemente, a condizione che non siano sacrificati interessi di altre persone (*liberalismo giuridico*);
- La seconda sostiene che il diritto ha lo scopo di conservare la moralità del gruppo sociale e perciò deve adeguarsi alle visioni etico/religiose prevalenti, difendendole (*moralismo giuridico*)⁵³².

⁵²⁸ G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit. (nota 78), 24.

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ Che comprendono le tematiche di inizio (aborto, procreazione medicalmente assistita, ecc.) e fine vita (le varie forme di eutanasia), ma anche i reati contro la morale sessuale (sodomia, incesto), ecc. Sulla separazione fra diritto e morale quale significato primario del principio di laicità, se ne è parlato nel capitolo II.

⁵³¹ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2011, 1383;

⁵³² G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in www.statoechiese.it, 17; Cfr. Sui due approcci cfr. C. FARALLI - S. TUGNOLI PÀTTARO, *Bioetica, scienza, diritto: la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (19 febbraio 2004, n.40)*, in *Revista de Bioética y Derecho*, fasc. 3, 2005, 15 ss.

Nonostante che il diritto penale sia stato definito «*il settore dell'ordinamento più poroso rispetto alle influenze e ai condizionamenti delle religioni e delle morali positive*»⁵³³, che «*rispecchierebbe il 'minimo etico' di un dato popolo in un dato momento storico*»⁵³⁴ e che «*a tutt'oggi ben si presta, come potente strumento anzitutto simbolico-comunicativo, ad additare valori, anche a carattere morale, che sostanziano il profilo identitario di una democrazia maggioritaria. [...] Legge penale come vessillo, e, nel contempo, strumento di tutela posto al servizio dei valori e delle concezioni morali predominanti in un dato ordinamento democratico concreto*»⁵³⁵, non vi è alcun dubbio che in base alla Costituzione italiana, il legislatore, nel rispetto dei principi di uguaglianza, laicità, pluralismo, libertà di coscienza e religiosa, libertà di autodeterminazione ecc., debba oggi seguire la prima via e non la seconda⁵³⁶.

Detto questo, si segnala che in queste materie, c.d. eticamente sensibili, si incrina il mito dell'avalutatività del diritto, figlio del liberalismo giuridico, poiché, sia che si prenda una decisione, sia che non lo si faccia, non è possibile rimanere sempre ideologicamente neutrali⁵³⁷: «*qualsiasi tipo di disciplina, nella misura in cui implica scelte e bilanciamenti tra valori influenzati da concezioni della vita e del mondo, esprime inevitabilmente una qualche filosofia, una qualche ideologia*»⁵³⁸. Astenersi dall'intervenire, non risolverebbe il problema, in quanto si legittimerebbe una prassi finendo dunque per prendere una decisione⁵³⁹. Inoltre, lasciare alcune importanti questioni alle scelte individuali finisce per favorire soltanto quei soggetti che possono scegliere, disinteressandosi delle sorti di quei soggetti deboli che purtroppo non possono farlo consapevolmente e rischiano pertanto di finire alla mercé di soggetti senza scrupoli⁵⁴⁰.

⁵³³ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1386.

⁵³⁴ G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878.

⁵³⁵ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1386.

⁵³⁶ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit. (nota 532), 17.

⁵³⁷ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 154-155.

⁵³⁸ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1413.

⁵³⁹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 155; Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. Pen.*, 2007, 902 ss.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

Anche il principio di laicità, nel suo prescrivere una sana ‘equidistanza’ dalle varie visioni del mondo, in questo settore sembrerebbe andare in crisi visto che si finisce comunque per effettuare una scelta⁵⁴¹.

Tale crisi inoltre, è certamente intensificata dalla post-secolarizzazione e soprattutto da quelle istanze neo-confessioniste di cui si parlava precedentemente, che hanno lo specifico intento di sostituire la morale del paese confondendola e sovrapponendola a quella religiosa, e che quindi in queste materie si battono con forza per ottenere il riconoscimento giuridico della loro visione del mondo⁵⁴².

I temi eticamente pregnanti sono altresì facilmente strumentalizzabili dalla politica, specialmente quella più interessata rendersi amiche le gerarchie ecclesiastiche, grazie a quei sentimenti di irrazionalità ed emotività che tali temi suscitano nella collettività⁵⁴³. Dunque si comprende perché nel nostro paese, la ricerca di un laico equilibrio, spesso in questi temi si è tradotta in un’assoluta prevalenza delle ragioni religiose su quelle laiche⁵⁴⁴: non solo a causa della superiorità numerica dei primi sui secondi, ma anche perché dal fronte laico non si è mai avuta una forte reazione in risposta a questa tendenza alla ri-etizzazione del diritto penale⁵⁴⁵.

Il dramma che si consuma è quello classico della «*dittatura della maggioranza*» sulla minoranza, e sui soggetti più deboli soprattutto⁵⁴⁶: non bilanciando gli interessi in gioco, ma ciecamente importando un’ideologia nella legislazione, si danneggiano tutti coloro che non la condividono. Si prenda ad esempio il caso dell’eutanasia: accogliere le idee cristiane su questo tema, equivale ad imporre a tutti una visione del mondo, sacrificando quindi gli interessi di chi la pensa diversamente; accogliere la visione laica, che vuole

⁵⁴¹ Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 1 ss.; G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1383 ss. Si pensi alla laica legge italiana sull’aborto: per quanto buona essa sia, finisce (condivisibilmente) per dare maggior peso all’autodeterminazione della madre, piuttosto che al diritto alla vita del feto. Si spiegherà più avanti come la contraddizione sia solo apparente.

⁵⁴² Efficacemente ne parla E. DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1117 ss.

⁵⁴³ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’*, cit. (nota 70), 551.

⁵⁴⁴ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 3.

⁵⁴⁵ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’*, cit. (nota 70), 548-549.

⁵⁴⁶ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 4.

consentire, esclusivamente in presenza di determinati presupposti e seguendo procedure predeterminate per legge, l'eutanasia, non sacrificherebbe invece interessi concreti dei credenti, in quanto a loro non causerebbe pregiudizi ma tutt'al più aggiungerebbe un'opzione⁵⁴⁷.

Tuttavia, è possibile affermare che più che un problema di laicità, questi problemi sono più in generale attinenti alla democrazia, ai suoi fondamenti etici e alla sua capacità di prendere decisioni condivise, dato che, come è stato affermato, il pluralismo è una condizione della democrazia⁵⁴⁸: il mero utilizzo del metodo maggioritario, nei temi eticamente sensibili, non è funzionale in quanto facendo prevalere la morale socialmente dominante, riporta il diritto penale al ruolo di braccio armato dell'ideologia prevalente⁵⁴⁹.

È necessario considerare altresì che in un mondo globalizzato e in cui i trasporti sono rapidissimi, non si può oggi legiferare in materie eticamente sensibili, non tenendo conto delle scelte fatte dagli altri paesi civilizzati e moderni, altrimenti il risultato sarà quello di incrementare le disuguaglianze sociali, permettendo solo ai soggetti ricchi di poter usufruire di alcune possibilità recandosi all'estero⁵⁵⁰: grandi differenze fra le discipline legislative di paesi limitrofi in materie eticamente sensibili, unitamente alla rapidità (impareggiabile) con cui si evolvono le biotecnologie, chiaramente fanno perdere credibilità al diritto penale⁵⁵¹.

Quindi, in ogni caso, è opportuno che il legislatore, nelle materie eticamente sensibili, prenda decisioni magari coordinandosi con altri paesi, sia per i motivi già detti, e sia perché è l'unico soggetto deputato a stabilire norme generali e astratte: non è corretta la

⁵⁴⁷ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1403-1404.

⁵⁴⁸ C. MANCINA, *Laicità e Politica*, in AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, 2006, 16 ss.

⁵⁴⁹ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 39; G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1383 ss.

⁵⁵⁰ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1412; A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in www.forumcostituzionale.it; sul c.d. "turismo procreativo" a seguito della l. 40/2004, v. C. FLAMIGNI - A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, 2012, 17 ss.

⁵⁵¹ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit. (nota 70), 561.

prassi di delegare le scelte alla giurisprudenza, poiché essa si occupa esclusivamente di casi concreti e non è pertanto suo il compito individuare discipline generali⁵⁵².

Il problema tuttavia resta ‘come decidere’ in questioni così divisive e delicate.

Giuristi e filosofi hanno scritto molto su quest’argomento, fornendo ampie dissertazioni sulle ‘virtù del dialogo nella sfera pubblica’, convenendo in molti sulla bontà di un modello di democrazia, definita ‘deliberativa’, che più che sull’aggregazione delle preferenze sia basata su un «*processo formativo della volontà aperto al dialogo ragionato, allo scambio di ragioni o argomenti finalizzati a promuovere ampie intese in vista dell’interesse generale*»⁵⁵³. In linea con queste idee, la dottrina nostrana ha proposto, per i temi in commento (e non solo), di innalzare, con riforma costituzionale, il *quorum* da raggiungere in Parlamento e quindi richiedere maggioranze qualificate: verrebbe imposto necessariamente un dibattito più serio, ai fini della ricerca di un ‘minimo etico’ condiviso⁵⁵⁴.

La dottrina penalistica si è molto concentrata inoltre sul modello delle c.d. ‘scriminanti procedurali’, già usato nella l. 174/1978 (in tema di aborto), da utilizzare anche per l’eutanasia, il quale escluderebbe la punibilità qualora si osservasse una determinata procedura: tale modello, sarebbe portatore di una presunta neutralità ideologica del legislatore, in quanto né vieterebbe né permetterebbe di praticare l’eutanasia, ma escluderebbe la punibilità in alcune situazioni specifiche⁵⁵⁵.

Tali proposte, per quanto interessanti, utili e autorevolmente sostenute, tuttavia non convincono pienamente. A ben vedere, partendo dall’ultima proposta citata, la proceduralizzazione di pratiche come l’eutanasia o l’aborto è soltanto espressiva del fatto che l’ordinamento richiede un metodo attraverso il quale l’autodeterminazione

⁵⁵² G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1404

⁵⁵³ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1408-1409; in tema di democrazia deliberativa cfr. ex multis AA.VV., *La deliberazione pubblica*, a cura di L. Pellizzoni, 2005; A. PINTORE, *Democrazia e deliberazione*, in A. Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, 2010, 49 ss.

⁵⁵⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, fasc. 36, 2007, 1269 ss.

⁵⁵⁵ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby*, cit. (nota 539), 902 ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e legge penale*, Giappichelli, 2001, 253 ss.

individuale può essere esercitata: il modello delle ‘scriminanti procedurali’ non è affatto espressivo di neutralità ideologica⁵⁵⁶.

Le virtù del dialogo pubblico ragionato, serio e informato, caro (fra gli altri) a Rawls, Dworkin e Habermas⁵⁵⁷ sono molte e positive, tuttavia se si osserva la realtà dei dibattiti parlamentari (non solo italiani), si può affermare che, soprattutto per i temi eticamente sensibili, è oltremodo utopistico ed ottimistico parlare di virtù del confronto dialogico: in questioni come eutanasia, aborto, fecondazione medicalmente assistita ecc., il dialogo può addirittura aumentare i dissidi e acutizzarli, fino ad arrivare a sentimenti di ostilità e pulsioni aggressive tra i dialoganti⁵⁵⁸.

Alle medesime conclusioni può giungersi per la proposta italica di innalzare il *quorum* nelle materie eticamente sensibili: non è affatto detto che un maggior dialogo produca necessariamente un risultato migliore, dal punto vista della razionalità o ragionevolezza delle scelte, ma soprattutto, richiedere una maggioranza qualificata per un tema eticamente sensibile, in base alle dinamiche parlamentari tipiche di casa nostra, molto probabilmente equivarrà a far cadere nel vuoto la quasi totalità delle proposte⁵⁵⁹.

Lo scenario, come si vede, è complesso e non può essere trattato con utopistici (e alquanto apodittici) inviti al dialogo, o con altre soluzioni svincolate dalla realtà. Se si vuole affrontare seriamente il tema è opportuno invece partire dai dati concreti e offrire soluzioni che aderiscano facilmente alla realtà.

4.1 Il principio di laicità nei temi eticamente sensibili

Ci si chiede quale sia il ruolo del principio di laicità in un settore come quello dei temi eticamente sensibili, caratterizzato dall’essere in radice pesantemente influenzato dalle etiche, dalle ideologie o dalle religioni, con opinioni talvolta sideralmente distanti in

⁵⁵⁶ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione di gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 1274 ss.; G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1406.

⁵⁵⁷ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1383 ss. e le opere degli autori ivi citati.

⁵⁵⁸ Cfr. G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1410; B. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo - F. Viola, Il Mulino, 2007, 367 ss.

⁵⁵⁹ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1412.

quanto motivate da pregiudizi e presunti ‘valori non negoziabili’ che certamente non favoriscono il tanto declamato dialogo pubblico.

A parere di chi scrive, nei temi eticamente sensibili il principio di laicità, anziché essere in crisi, è semplicemente centrale: nel metodo, nel bilanciamento tra interessi e nella valutazione dei risultati.

Innanzitutto la laicità come *metodo*, illustrata nel secondo capitolo, acquista un peso decisivo: è opportuno, soprattutto in questi temi, carichi di implicazioni etiche, politiche, religiose, filosofiche, ecc., che lo Stato ascolti ogni opinione sull’argomento, a partire da quelle più autorevoli e scientifiche della comunità accademica e dei comitati di bioetica, dei filosofi e finanche, in una società che non rifugge il dialogo con le religioni, le opinioni che partono da premesse metafisiche o trascendenti, per poi confrontarsi con le scienze sociali, quali la criminologia e la sociologia, senza dimenticarsi di “andare oltre il proprio naso”, valutando altresì le esperienze che hanno vissuto gli altri paesi, cercando quindi se possibile di armonizzare le discipline giuridiche scoraggiando in tal modo il “turismo” per sfuggire al diritto penale. Di fronte alle molteplici opinioni, che saranno così venute alla luce, con altrettante possibilità sul piano normativo, sarà fondamentale ricordare che non è compito dello Stato laico indottrinare i cittadini prediligendo un’ideologia e ammantandola con sanzione penale, bensì compiere una scelta prendendo in considerazione tutti gli interessi in gioco e cercando di non delegittimarne nessuno: l’obiettivo è sempre garantire il massimo del pluralismo, e infatti il principio di laicità non permette allo Stato di pronunciarsi sui valori⁵⁶⁰.

L’apprezzamento degli interessi in gioco andrà fatto *selettivamente*, sulla base di criteri razionali e quindi validi per tutti. Chiaramente queste basi razionali, saranno da rinvenire nella Costituzione: ad esempio, il diritto alla salute, di cui all’art. 32 Cost., permette anche di non curarsi e quindi di rifiutare le cure e di lasciarsi morire⁵⁶¹. In questo senso, è possibile dire che la laicità non prevede una completa neutralità rispetto ai valori, in quanto ad essa è sottesa una dimensione assiologico-sostanziale che richiama i valori e i

⁵⁶⁰ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 155.

⁵⁶¹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 156; Per un approfondimento, ID, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari - G. Cimbalò - G. Pappalardo, Giappichelli, 2003, 216 ss.

principi costituzionali: la Costituzione quale ‘minimo etico’ condiviso⁵⁶². Per cui, in altre parole, nel rispetto del principio di laicità il bilanciamento fra interessi andrà fatto prendendo in considerazione ogni interesse costituzionalmente apprezzabile, in un dialogo pubblico, coadiuvato dagli apporti forniti dalle scienze sociali.

Quindi la crisi della laicità di cui si è parlato, in verità è soltanto apparente: una normativa rispettosa del principio di laicità rispecchierà i valori presenti in Costituzione e garantirà a tutti la libertà di scelta e di coscienza, rispettando dunque il pluralismo⁵⁶³. Invece, non decidere, o farlo privilegiando un’ideologia che criminalizza le condotte di chi la pensa diversamente, provoca, questo sì, una crisi della laicità⁵⁶⁴: minimizzare, non considerare, dimenticare, corrompere la laicità e parlare di una sua crisi, e quindi di un necessario ripensamento del concetto, provoca una crisi del principio di laicità.

Diritto laico non è sinonimo di diritto avalutativo, ma di un diritto che garantisce il massimo del pluralismo tutelando il maggior numero di interessi⁵⁶⁵.

Il principio di laicità, come si è visto, impone non solo un determinato metodo, ma principalmente un risultato che sia veramente ispirato dal principio pluralistico, tale per cui ogni interesse, ogni diritto, ogni visione del mondo dev’essere possibilmente rispettato e ammesso entro la normativa: una normativa laica sarà quella che non sacrifica interessi altrui, o che riduce al minimo tali sacrifici.

In un ordinamento autenticamente laico, è fondamentale prendere decisioni comunque idonee a garantire la libertà dei cittadini, e laddove si procurino decisioni dolorose, è opportuno bilanciare gli interessi, ad esempio, fornendo più assistenza medica, psicologica, economica, ecc⁵⁶⁶.

Solo per fare un rapido ma emblematico esempio, nella l. 194/78 è previsto il diritto della donna a praticare l’aborto solo nei primi tre mesi di gravidanza, e con rigide procedure, e allo stesso tempo l’ordinamento concede ai ginecologi di potersi rifiutare di intervenire,

⁵⁶² G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1400 ss.

⁵⁶³ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 83-84.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 155 ss.

⁵⁶⁶ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 157. Si ricorda che un criterio selettivo importante, è quello della tutela dei soggetti deboli.

garantendogli l'obiezione di coscienza: un'opera apprezzabile di bilanciamento fra interessi che, nel punto più dolente della scelta fra libertà di autodeterminazione della donna e diritto alla vita del feto, guardando alla Costituzione fa pesare maggiormente la prima sul secondo (poiché la donna è già persona, mentre il feto no), ma ponendovi una serie di paletti.

Un felice esempio di tecnica normativa ispirata al principio di laicità nei temi eticamente sensibili, è quello delle c.d. 'norme facoltizzanti' (o 'permissive'): uno strumento che consente di preservare tutte le posizioni in campo, senza sacrificarne nessuna dato che le persone che si oppongono per ragioni morali non sarebbero costrette a tenere il comportamento, e le altre sarebbero libere di tenerlo senza con ciò ledere interessi altrui⁵⁶⁷.

Coloro che hanno interesse a vedere affermata per legge la loro visione del mondo, consapevoli del contenuto, per loro deleterio, del principio di laicità, lo contrastano abilmente in questa materia con due strategie differenti: la '*reformulazione*' e la '*minimizzazione*'⁵⁶⁸.

In effetti, nessuno sostiene apertamente l'idea di sanzione penale asservita ad un codice etico-religioso, ma si tenta costantemente di dimostrare come le scelte legislative aderenti alla dottrina ufficiale della Chiesa cattolica s'imporrebbero per la loro intrinseca superiore razionalità: nel rispetto di una 'sana' laicità dello Stato⁵⁶⁹. Si tratta semplicemente di quel tentativo di sostituire la morale degli italiani con quella dei cattolici, di cui si parlava nel primo capitolo, e che ha come fine l'instaurazione di un nuovo tipo di confessionismo.

La '*reformulazione*' è una tecnica insidiosa e sottile, che prevede la ricerca di un bene giuridico di rilevanza costituzionale da utilizzare come sostegno alla tutela di una determinata ideologia: in un'epoca di populismo penale e non solo, i sentimenti

⁵⁶⁷ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit. (nota 532), 7-8.

⁵⁶⁸ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit. (nota 532), 8.

⁵⁶⁹ E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit. (nota 11), 1120 ss.

irrazionali che suscitano i temi eticamente sensibili, possono essere utili a rinforzare l'incriminazione⁵⁷⁰.

Nelle tematiche di inizio e fine vita, che sono le più importanti oggi fra i temi eticamente pregnanti, il bene giuridico più (ab)usato ai fini della 'riformulazione' è senz'altro quello di dignità umana: un concetto così ampio, vago, e proteiforme⁵⁷¹ da poter fare da contenitore ad una serie infinita di ulteriori beni giuridici, e sostenere, quale *deus ex machina*, la criminalizzazione di condotte assolutamente inoffensive (si pensi al divieto di diagnosi pre-impianto, previsto dalla l. 40/2004 e poi eliminato dalla Corte costituzionale assieme a molti altre norme di questa legge)⁵⁷². Un'ulteriore problema che causa il bene 'dignità umana' è che esso, per l'enorme peso del valore che implica, può essere usato per bloccare qualsiasi discussione: «*il principio della dignità umana, ha già parlato e sistema tutto. Il risultato è un'argomentazione che nella cosa non fa progressi, perché sostituisce l'attenzione alla cosa con la violenza*»⁵⁷³.

Proprio per i rischi connessi all'utilizzo della dignità umana, esso andrebbe utilizzato in maniera parsimoniosa, e non come un *passe-partout* strumentalizzabile da ogni forza sociale, religiosa o politica preminente, per risolvere ogni situazione: il contenuto del bene giuridico dignità umana è mutevole in base alle ideologie di riferimento, alle circostanze in cui è applicato, e pertanto andrà ricostruito diversamente per ogni fattispecie⁵⁷⁴. Tuttavia, sulla base della Costituzione e del principio di laicità, è possibile individuare dei punti di riferimento oggettivi per questo bene giuridico:

⁵⁷⁰ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit. (nota 532), 8.

⁵⁷¹ Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica, cit. (nota 79), 38; F. VIGANO', *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace?*, *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit. (nota 70), 559.

⁵⁷² G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit. (nota 70), 558-559.

⁵⁷³ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 131; Fiandaca utilizza la simpatica metafora dell'asso di briscola: una volta usato, tutto il resto non conta più, così G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit. (nota 70), 559.

⁵⁷⁴ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit. (nota 70), 560.

- a) Sulla base del «secondo comma dell'art. 32 Cost., tutela della dignità umana è tutela della libertà morale dell'individuo, contro ogni scelta "superiore" che non sia imposta dai (o coerente coi) principi costituzionali»;
- b) Non può esistere una tutela della dignità umana senza rispetto del principio di uguaglianza: non possono esistere statuti illogicamente differenziati tra atei e credenti, tra embrione e nascituro, tra un individuo e un altro, tra single e coniugati, tra etero e gay, ecc., altrimenti la dignità umana, diventa un veicolo per le discriminazioni;
- c) Tutela della dignità umana equivale a tutelare la qualità dell'esistenza;
- d) Tutela della dignità umana è la tutela dell'irripetibilità genetica e morale dell'essere umano: pertanto non è ammissibile la clonazione, l'eugenetica volta a migliorare l'umanità (che non ha nulla a che fare con l'eliminazione delle patologie genetiche attraverso la diagnosi pre-impianto), e la creazione di 'ibridi'⁵⁷⁵.

In generale, la strategia della 'riformulazione' è basata sullo spostamento della discussione, sul piano della fondatezza della scelta effettuata, sulla base di un bene giuridico evanescente, e che spesso deriva da quello della dignità umana: in questi casi sarà fondamentale riportare il dibattito su un piano di argomentabilità razionale e laica.

La strategia della '*minimizzazione*' invece, non prevede la contestazione dell'esistenza di un potenziale contrasto con alcuni parametri di legittimità, costituzionali o convenzionali, ma punta ad attenuare la forza precettiva di questi parametri in modo tale che non vincolino effettivamente il legislatore: l'obiettivo è fornire ampi margini di scelta al legislatore, in considerazione del fatto che si tratta di questione moralmente controversa⁵⁷⁶. Tuttavia è esattamente il contrario: il fatto che si tratti di temi in cui le questioni morali sottese siano molteplici, controverse e particolarmente spinose, impedisce al legislatore di avere "mano libera" e gli impone, nel rispetto dei principi di laicità e uguaglianza, di non adottare un punto di vista etico-religioso⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 67-68.

⁵⁷⁶ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit. (nota 532), 13-14.

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

In conclusione, non si può fare altro che segnalare come solo un principio di laicità correttamente inteso possa permettere oggi di trovare, nelle materie eticamente sensibili, soluzioni conformi alla Costituzione, ed è proprio da quest'ultima che si dovrà ripartire per affrontare i grandi dibattiti sulla vita e sulla morte, per giungere (finalmente) a normative degne di un moderno Stato di diritto secolarizzato⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ Ad esempio, da riflessioni come: «*La Costituzione non tutela la vita in sé, bensì la persona umana, che è cosa ben diversa.*», così L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit. (nota 79), 11 ss. e 26 ss.; Cfr. G. MARINUCCI, *Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello Stato*, in www.statocchiese.it, 2009, 4; G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit. (nota 531), 1410 ss.

CAPITOLO V IL PRINCIPIO DI LAICITÀ NEGATO: TRA OMOSESSUALITÀ E OMOFOBIA

1. Alle origini dello stigma

Il principio di laicità nel diritto penale, come si è più volte detto, ha il compito di tutelare la sfera delle scelte individuali non dannose a terzi dalle ingerenze dello Stato: un contenuto essenziale largamente accolto sia a livello nazionale che sovranazionale⁵⁷⁹.

Nell'ottica che si è cercato di adottare in questo elaborato, e cioè di comprendere quanto il principio di laicità sia realmente rispettato in Italia, si ritiene utile analizzare ora il trattamento che l'ordinamento penale riserva agli omosessuali: una minoranza da sempre discriminata per un atavico pregiudizio che la ritiene 'contro natura' e immorale⁵⁸⁰.

Come ha scritto il professor Dolcini: *«Quello delle discriminazioni perpetrate dall'ordinamento giuridico a danno di gay, lesbiche e transessuali è un tema di vitale importanza per ogni cittadino: per chiunque si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione; per chiunque aspiri a vivere in una società davvero libera e pluralista, nella quale la diversità rappresenti un valore, e non qualcosa da nascondere o al più da tollerare (brutta parola, tolleranza!). Per il giurista, tuttavia, e per il penalista in particolare, il tema delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale significa anche altro: rappresenta un rinnovato stimolo alla riflessione sulla laicità dello Stato, sul perenne problema dei rapporti tra diritto penale e morale, e dunque sulla secolarizzazione del diritto penale, sulla separazione tra reato e peccato, sul reato come fatto socialmente dannoso»*⁵⁸¹. Quindi si assume il tema dell'omosessualità come 'cartina tornasole' per comprendere a quale stadio di realizzazione del principio di laicità è giunto lo Stato italiano⁵⁸².

⁵⁷⁹ Cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit. (nota 11), 140; M. CATENACCI, «Legalità» e «tipicità del reato» nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Giuffrè, 2003, 38.

⁵⁸⁰ «Terreno storico di confronto è il problema dell'omosessualità», così D. PULITANÓ, *Laicità e diritto penale*, cit. (nota 11), 62.

⁵⁸¹ E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in www.statoechiese.it, 2012, 1.

⁵⁸² Si segnala che questo approccio è già stato impiegato in passato nell'ambito di ricerche comparatistiche, v. L. PEGORARO - E. D. COSIMO - S. PENNICINO - S. RAGONE, *Laicità, eguaglianza, etica. Recenti*

Il principio di laicità in questo settore viene in rilievo in tutti i suoi significati: la laicità come metodo, che spesso non è rispettata in quanto l'autonomia del legislatore nelle valutazioni giuridiche nei settori della morale sessuale e familiare viene a mancare, come si vedrà, a causa della enorme forza politica e ideologica che la Chiesa mette in campo; la laicità come neutralità ed equidistanza dalle diverse visioni del mondo, in quanto lo Stato non può effettuare giudizi su scelte individuali non dannose a terzi o accedere a pregiudizi; la laicità come principio fondante e canone ermeneutico del diritto penale, che impone di non incriminare condotte unicamente perché ritenute immorali dalla maggioranza della popolazione.

Il dato da cui è necessario partire è che il tema dell'omosessualità nel diritto penale non è una questione superata e da lasciare agli storici. Si consideri che in base alle stime più recenti, l'omosessualità è ancora reato in 72 paesi al mondo, e in 8 di questi è punita con la pena di morte⁵⁸³. Nel 2017, nella "civile Europa", si continuano a sentire notizie di arresti, torture, deportazioni in campi di concentramento, e uccisioni nei confronti di persone gay⁵⁸⁴. Senza parlare poi delle varie 'discriminazioni legali' presenti un po' in tutto il mondo ai danni della comunità LGBT: basti pensare che se questo capitolo venisse pubblicato in Russia, chi lo facesse rischierebbe oggi multe fino a 15 000 €⁵⁸⁵.

Prima di cominciare l'analisi della situazione italiana, può essere utile soffermarsi brevemente sulle ragioni dello stigma che da millenni accompagna l'omosessualità, e comprendere come e perché una «*variante naturale del comportamento umano*»⁵⁸⁶ da sempre esistita, sia divenuta un delitto.

tendenze nella legislazione e nella giurisprudenza di alcune corti europee ed extraeuropee, cit. (nota 298), 181 ss.

⁵⁸³ Dati aggiornati al Maggio 2017 e consultabili al sito www.ilga.org.

⁵⁸⁴ Ci si riferisce ai fatti avvenuti in Cecenia all'inizio del 2017, e nel mese di Settembre in Azerbaijan; fra i numerosi articoli v. per tutti D. AVERY, 'More Than 100 LGBT People Tortured, Humiliated, In Azerbaijan', del 24/9/2017, in www.newnownext.com; E. TEBANO, '«In Cecenia i gay rinchiusi in un campo di concentramento»', del 17/04/2017, in www.corriere.it; S. ALLIVA, 'Ecco i nomi dei 27 gay uccisi in Cecenia. Tutti millennials', del 11/07/2017, in www.huffingtonpost.it.

⁵⁸⁵ N. LOMBARDOZZI, 'Russia, Putin vara la legge anti-gay: "Sarà vietato persino parlarne"', del 26-01-2013, in www.repubblica.it; Si segnala che la legge promulgata nel 2013 è stata recentemente dichiarata contraria alla CEDU dalla Corte di Strasburgo nel caso *Bayev and Others v. Russia* (application nos. 67667/09, 44092/12 and 56717/12), ma la Russia ha proposto ricorso alla Grande Camera e quindi si è ancora in attesa della sentenza definitiva.

⁵⁸⁶ Secondo la celebre definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Gli studi di psicologia sociale⁵⁸⁷ affermano che l'uomo, vivendo in società, ha imparato a operare delle categorizzazioni sociali al fine di comprendere meglio la realtà distinguendo ciò che è uguale da ciò che è diverso da lui: un processo cognitivo che si attiva al fine di consolidare l'identità individuale e collettiva, e per prevedere i comportamenti altrui⁵⁸⁸.

I problemi sorgono quando avvengono distorsioni sistematiche: si comincia col sostenere che il proprio gruppo è migliore di un altro, per poi aderire a luoghi comuni e formulare stereotipi secondo i quali, nel gruppo diverso dal proprio, tutti adottano gli stessi atteggiamenti e sono tutti uguali⁵⁸⁹. Perdendosi l'individualità, gli stereotipi facilmente evolvono in pregiudizi: opinioni condivise da molti e che inducono ad adottare atteggiamenti ostili e discriminatori nei confronti di un soggetto soltanto per la sua appartenenza ad un gruppo. Il pregiudizio particolarmente diffuso, porta inizialmente ad una delegittimazione, e con una progressiva svalutazione sistematica si inasprisce lo stigma sociale e si arriva all'odio⁵⁹⁰.

Ad un punto di non ritorno si giunge quando l'odiante si sente (anche solo simbolicamente) minacciato dall'odiato, il quale ormai è completamente de-umanizzato: una sorta di non-persona, un "alieno" alla società⁵⁹¹. L'odio viene così razionalizzato e l'atto aggressivo appare come una scelta appropriata e non rimane quindi che eliminare questi soggetti per permettere a tutti di vivere serenamente.

Tutto questo è avvenuto per gli omosessuali (come per i neri, gli ebrei, ecc.) e se ne può trovare traccia ancora oggi in tutti quegli stereotipi e pregiudizi che si associano normalmente al mondo LGBT.

In questo contesto, l'episodio di Sodoma raccontato nella Genesi (19, 1-29) e le (controverse) interpretazioni che ne sono derivate, sono assolutamente centrali⁵⁹².

⁵⁸⁷ M. RAVENNA, *Odiare. Quando si vuole il male di una persona o di un gruppo*, Il Mulino, 2009.

⁵⁸⁸ Cfr. anche per le opportune citazioni bibliografiche, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, 3; ID, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, fasc. 1, 2015, 6-7.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 3 ss. Il chiaro A. si concentra a lungo sul linguaggio attraverso il quale gli stereotipi, i pregiudizi e l'odio si diffondono, giungendo ad identificarlo come assolutamente centrale per l'argomento.

⁵⁹¹ *Ibidem*.

⁵⁹² P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, Odoya, 2011, 21 ss.

Come è noto, l'«*Antico Testamento*» è un testo sacro per l'Ebraismo e il Cristianesimo, ma è anche un testo da cui il Corano ha tratto largamente ispirazione. In base a quanto detto nella parte generale di questo elaborato, prima dell'Illuminismo il diritto era considerato come un mezzo per raggiungere i fini prescritti nei testi sacri⁵⁹³, quindi si può comprendere come dall'interpretazione della Bibbia e del Corano, si sia arrivati facilmente a considerare dapprima un peccato e poi un reato l'omosessualità.

Il passo biblico di Sodoma ha avuto un'enorme importanza nella cultura occidentale: per secoli gli omosessuali sono stati perseguitati e condannati con l'accusa di «*sodomia*», un termine sopravvissuto fino ai giorni nostri. Attraverso Sodoma si sono consolidati gli stereotipi, i pregiudizi e l'odio nei confronti degli omosessuali, associando ad essi i termini «*abominio*», «*mostruosità*», «*contro natura*», «*vizio nefando*», ecc⁵⁹⁴.

Una delle prime leggi di incriminazione delle condotte omosessuali, è stata promulgata nel 390 d.C., pochi anni dopo che Roma aveva assunto il Cristianesimo come religione ufficiale, dagli imperatori Teodosio I, Valentiniano II e Arcadio: facendo un chiaro riferimento a Sodoma, viene prevista la pena del fuoco (rogo) per i prostituti omosessuali⁵⁹⁵.

Interessante notare che, nella mentalità da conquistatori tipica della Roma antica⁵⁹⁶, ad essere punito era solo l'uomo libero che si sottometteva ad un altro uomo adottando il ruolo passivo all'interno del rapporto sessuale.

Nel «*Corpus Iuris Civilis*» Sodoma diventa un emblema della decadenza e della rovina a cui vanno incontro le città che consentono la pratica dell'omosessualità maschile, e per questo, per espressa volontà di Giustiniano, vengono puniti coloro che praticavano la sodomia a prescindere dal ruolo sessuale⁵⁹⁷.

⁵⁹³ P. TINCANI, «*Le nozze di Sodoma*», l'Ornitorinco, 2009, 47.

⁵⁹⁴ «*Omosessualità*» in www.wikipedia.org.

⁵⁹⁵ «*Storia dell'omosessualità in Italia*» in www.wikipedia.org; Cfr. per approfondimenti, D. DALLA, *Motivazioni laiche e dettami confessionali nel diritto criminale romano: la repressione dei comportamenti omosessuali*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, op. cit. (nota 11), 315 ss.; P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, cit. (nota 592), 36 ss.; sulla sessualità nel mondo romano v. E. CANTARELLA, *Secondo natura*, Feltrinelli, 1995; ID, *Dammi mille baci. Vere donne e veri uomini nell'antica Roma*, Feltrinelli, 2009.

⁵⁹⁶ Basti pensare che uno dei verbi più usati nell'antica Roma era «*futuere*», v. P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, cit. (nota 592), 36 ss.

⁵⁹⁷ D. DALLA, *Motivazioni laiche e dettami confessionali nel diritto criminale romano: la repressione dei comportamenti omosessuali*, cit., 315 ss.

Con la caduta dell'impero romano d'occidente la criminalizzazione della sodomia viene superata, ma verrà poi riportata in auge dai commentatori giuridici bolognesi del XII secolo e pertanto reintrodotta nelle legislazioni europee medievali⁵⁹⁸.

Anche dopo la separazione fra 'peccato' e 'reato' avvenuta con l'Illuminismo, continua la criminalizzazione dei soggetti omosessuali nel XIX e nel XX secolo, sulla base di argomenti medici e psicologici (sempre accompagnati dalla morale religiosa) inquinati da un pregiudizio eteronormativo di fondo: le scienze, partendo dal presupposto che l'eterosessualità è la normalità, analizzano tutti quei comportamenti non iscritti al dogma eterosessuale, focalizzandosi sulla definizione e tipizzazione del soggetto deviante⁵⁹⁹. In quest'ottica vengono separati i comportamenti omosessuali dall'essere omosessuali: viene nettamente distinto l'omosessuale dalla sodomia. Il primo termine designa infatti una caratteristica della persona e si afferma e consolida attraverso le prime proposte terapeutiche di cura per gli 'invertiti', mentre il secondo indicava esclusivamente un particolare atto sessuale, oggettivamente definito.

Michel Foucault ha descritto efficacemente tale nuova rappresentazione dell'omosessuale: *«nulla di quello che egli è complessivamente sfugge alla sua sessualità. Essa è presente in lui dappertutto: soggiacente a tutti i suoi comportamenti poiché ne è il principio insidioso ed indefinitamente attivo»*⁶⁰⁰.

La "patologizzazione" della sessualità si diffonde nella cultura popolare e politica finendo per radicare lo stereotipo dell'omosessuale effeminato, lussurioso, instabile creando basi laiche per la sua condanna⁶⁰¹. Se l'omosessuale è pericoloso in quanto sessualmente attivo, medici europei e americani cominciano a suggerire la castrazione come rimedio⁶⁰².

⁵⁹⁸ 'Omosessualità', in www.wikipedia.org.

⁵⁹⁹ S. FALCETTA, *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del diritto*, fasc. 1, 2013, 17 ss.

⁶⁰⁰ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, vol. 1, Feltrinelli, 1991, 43.

⁶⁰¹ S. FALCETTA, *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, cit., 18.

⁶⁰² Si pensi alla triste vicenda del matematico Alan Turing, che nel 1952 in Inghilterra preferì la castrazione chimica alla reclusione in carcere. Solo nel 2009 il primo ministro britannico Gordon Brown si è ufficialmente scusato, a nome del governo inglese, per il trattamento disumano riservato all'illustre matematico.

In sintesi, nel XIX e nel XX secolo l'omofobia clinica contribuisce in modo fondamentale a de-umanizzare gay e lesbiche rendendoli indegni di qualunque diritto⁶⁰³. Nel 1948 l'omofobia è talmente radicata in medicina che l'Organizzazione Mondiale per la Sanità, qualifica l'attrazione per persone dello stesso sesso come malattia psichiatrica e disturbo comportamentale: la convinzione che gay e lesbiche siano soggetti psichiatrici rimarrà fino al 17 Maggio 1990 (data che oggi è divenuta '*giornata mondiale contro l'omofobia*'), avallando in tal modo la colpevolizzazione e la medicalizzazione degli omosessuali fino ai giorni nostri⁶⁰⁴.

Il diritto, spinto dalle religioni, dalle scienze e dalla morale dominante, ha quindi perseguitato in modo feroce milioni di omosessuali nel corso dei secoli, ed è per questo che Stefano Rodotà, costituzionalista recentemente venuto a mancare, lo ha definito «*abominevole*», mantenendo tuttavia la speranza che un giorno esso possa svincolarsi dal pregiudizio: «*il diritto non è sempre così abominevole. Un altro diritto, dunque, è possibile*»⁶⁰⁵.

Concludendo queste premesse, è utile segnalare che l'abolizione definitiva dei reati di omosessualità o sodomia in Europa e in America, è una conquista recentissima a cui sono pervenute, a distanza di pochi anni, due sentenze delle corti supreme. I casi *Lawrence* e *Dudgeon*, risolti rispettivamente dalla Corte Suprema degli U.S.A. e dalla Corte E.D.U., hanno espresso con forza il diritto fondamentale delle persone a non avere interferenze dello Stato nella loro vita privata, sulla base del principio del danno, di cui si è già discusso, e del principio di uguaglianza⁶⁰⁶: un'applicazione del principio di laicità.

Di fronte alle richieste all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, di adozione di una dichiarazione che auspichi la depenalizzazione delle condotte omosessuali nel mondo, si oppone oggi con forza la Santa Sede: con l'obiettivo di frenare il riconoscimento alle unioni fra persone dello stesso sesso, la Chiesa cattolica si disinteressa della vita di migliaia di persone ogni anno⁶⁰⁷.

⁶⁰³ S. FALCETTA, *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, cit. (nota 599), 19 ss.

⁶⁰⁴ 'Omosessualità' in www.wikipedia.org

⁶⁰⁵ S. RODOTÀ, *Prefazione*, in M. Winkler - G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, il saggiatore, 2011, 11-18.

⁶⁰⁶ Per approfondimenti v. M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, il saggiatore, 2011, 45 ss.

⁶⁰⁷ M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit., 54-55.

2. Il reato di sodomia in Italia: «*Riesce più utile l'ignoranza del vizio*»

Nel 1861 il codice penale del Regno di Sardegna viene esteso all'intero paese, prevedendo però che alcuni reati non siano applicati ad alcune zone del paese come il sud Italia: il reato previsto all'art. 425 c.p. («*atti di libidine contro natura*»⁶⁰⁸) era fra questi⁶⁰⁹.

La scelta di non estendere tale reato all'intero Regno e di non inserirlo successivamente nel Codice Zanardelli del 1889, obbediva ad una logica piuttosto semplice: «*in Italia esisteva già un'altra agenzia di potere a cui poteva essere affidato il controllo e la repressione dell'omosessualità: la Chiesa cattolica*»⁶¹⁰. Quindi si è costruito un codice penale sul modello del codice Napoleonico (senza il reato di sodomia dunque), delegando alla Chiesa la competenza sulla morale sessuale: un particolare da tenere a mente visto che ancora oggi, quando si trattano questi argomenti, sembra che le opinioni della Chiesa debbano essere non solo tenute in considerazione ma prevalere su tutte le altre.

Zanardelli commenta così la scelta: «*Se occorre da un lato reprimere severamente i fatti dai quali può derivare alle famiglie un danno evidente ed apprezzabile, o che sono contrari alla pubblica decenza, d'altra parte occorre altresì che il legislatore non invada il campo della morale. [...] Il Progetto tace pertanto intorno alle libidini contro natura; avvegnaché rispetto ad esse, come ben dice il Carmignani, riesce più utile l'ignoranza del vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono*»⁶¹¹. Altri commentatori diranno: «*Simili fatti, per quanto ributtanti, non vanno ricordati e puniti, perché è preferibile per la morale pubblica che restino sepolti nella oscurità e ignorati*»⁶¹². Quindi, in altre parole, rimane una pratica disapprovata ma è

⁶⁰⁸ 425 c.p. (del Regno di Sardegna): «*Qualunque atto di libidine contro natura, se sarà commesso con violenza, nei modi e nelle circostanze prevedute dagli articoli 489 e 490, sarà punito colla reclusione non minore di anni sette, estensibile ai lavori forzati a tempo: se non vi sarà stata violenza, ma vi sarà intervenuto scandalo o vi sarà stata querela, sarà punito colla reclusione, e potrà la pena anche estendersi ai lavori forzati per anni dieci, a seconda dei casi*».

⁶⁰⁹ G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, in www.giovannidallorto.com, 1986, §1-2, Originariamente in AA.VV., *Omosessuali e Stato*, a cura di Arci gay nazionale, Cassero, 1988, 37 ss.

⁶¹⁰ G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit., §3.

⁶¹¹ Camera dei Deputati, *Progetto per il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. 1, Relazione ministeriale, Stamperia Reale, 1887, 213-214 (seduta del 22 novembre 1887).

⁶¹² P. TUOZZI, *I delitti contro il buon costume e la famiglia*, in *Enciclopedia di diritto penale*, a cura di E. Pessina, vol. IX, SELI, 1909, 172.

meglio che non se ne parli al fine di mantenerla nell'oscurità e censurarla attraverso il silenzio.

Come è stato fatto notare, viene stipulato fra omosessuali e Stato un patto tacito, un «contratto epistemico» tale per cui i primi in cambio dell'impunità rinunciano ad uscire allo scoperto (oggi diremmo 'coming out') e ad ottenere il riconoscimento ufficiale del loro "stile di vita", rimanendo nell'ombra: in questo modo il paradigma eterosessuale non verrà mai messo in discussione⁶¹³.

Chiaramente questo è un patto in cui le parti e gli interessi non sono assolutamente in equilibrio: la maggioranza dotata di un ampio potere politico e religioso, si confronta con una minoranza nascosta e timorosa. Uno squilibrio all'origine del patto che comporta la possibilità per gli omofobi di violare in ogni momento i termini dell'accordo attraverso insulti, aggressioni, e silenzio sugli episodi di violenze e discriminazioni⁶¹⁴.

Insomma, un processo penale per sodomia avrebbe destato scalpore e acceso i riflettori su una realtà di cui era bene invece che se ne parlasse esclusivamente con toni macchiettistici e patetici, al fine di normalizzare l'omosessualità, e cioè facendola rientrare nel modello eterosessuale: quelle poche volte in cui si parlerà di omosessualità in quegli anni si illustrerà un uomo vestito da donna o comunque sempre con vistosi atteggiamenti femminili⁶¹⁵.

Alfredo Rocco, nel 1927 prepara una bozza di codice penale e all'articolo 528 prevede un reato di omosessualità, ma al momento di presentare il progetto definitivo egli spiega: *«La innovazione fu oggetto di quasi generale ostilità. Venne principalmente opposto che il turpe vizio, che si sarebbe voluto colpire, non è così diffuso in Italia da richiedere l'intervento della legge penale. Questa deve uniformarsi a criteri di assoluta necessità nelle sue incriminazioni: e perciò nuove configurazioni di reato non possono trovare giustificazione, se il legislatore non si trovi in cospetto di forme di immoralità che si presentino nella convivenza sociale in forma allarmante. E ciò, per fortuna, non è, in*

⁶¹³ Cfr. M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 74 ss.; G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit. (nota 609), §5.

⁶¹⁴ M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 76-77.

⁶¹⁵ G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit. (nota 609), §5.

*Italia, per il vizio suddetto. Queste ragioni, contrarie all'incriminazione dell'omosessualità, mi hanno convinto, e, nel testo definitivo, ho soppresso la relativa disposizione»*⁶¹⁶.

Il codice penale Rocco, esattamente come successo in passato, decide di non incriminare l'omosessualità per non dare visibilità a questa «*malattia contagiosa*»⁶¹⁷, e affidando alla Chiesa cattolica il compito di occuparsi della questione⁶¹⁸.

Nell'ultimo periodo del fascismo contro gli omosessuali vengono usati gli “strumenti” repressivi del confino, dell'olio di ricino, dei pestaggi e dei licenziamenti: tecniche che purtroppo sopravvivranno anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione e che indurranno pochissime persone a dichiararsi pubblicamente omosessuali negli anni a venire⁶¹⁹.

In conclusione di paragrafo, è opportuno notare come da un lato, la mancata criminalizzazione dell'omosessualità in Italia sin dai tempi del Codice Zanardelli, sia stata nei risultati un esempio di scelta liberale e laica, ma dall'altro lato, la strategia di c.d. «*tolleranza repressiva*»⁶²⁰ e sopravvissuta all'incirca fino ai giorni nostri, ha percorso strade alternative al diritto penale per punire gli omosessuali, emarginandoli, lasciandoli nell'ombra e causando così pesanti effetti sul piano culturale che ancora oggi si ritrovano.

3. Omofobia

In base alle statistiche più recenti, in Italia avviene un episodio di omotransfobia circa ogni tre giorni⁶²¹: un dato preoccupante e che fa comprendere l'arretratezza culturale del paese, effetto di quelle strategie politiche appena viste e della forza ideologica dei pregiudizi cristiani sul nostro paese. Se è vero che il paese si sta evolvendo, e la legge che

⁶¹⁶ *Relazione ministeriale sul progetto di Codice Penale*, II, 314, citato in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 2, UTET, 1936, 218.

⁶¹⁷ Così denominata nell'articolo *Perversioni*, apparso nella rivista *Il popolo d'Italia* (diretta da Arnaldo Mussolini, fratello minore di Benito), il 7 novembre 1926.

⁶¹⁸ G. DALL'ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit. (nota 609), §7.

⁶¹⁹ G. DALL'ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit. (nota 609), §8.

⁶²⁰ G. DALL'ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, cit. (nota 609),

⁶²¹ ‘*Report omofobia 2017*’ in www.arcigay.it. Si puntualizza che ogni volta che si citerà l'omofobia s'intenderà anche la transfobia.

nel 2016 ha introdotto le unioni civili ne è un esempio, resta il dato delle aggressioni omofobe. Proprio mentre si scrivono queste parole, i giornali danno notizia di un'aggressione ai danni di un regista italiano dichiaratamente omosessuale reo di aver dato troppa visibilità al tema dell'omogenitorialità con il suo ultimo film⁶²².

Il diritto penale, dovendo regolare la pacifica convivenza, ha ovviamente il compito di intervenire in questo settore, ma ci si chiede se sia opportuno introdurre nella legislazione degli strumenti aggiuntivi e peculiari per le aggressioni ai danni di persone LGBT. La risposta non può che essere positiva e la ragione può essere illustrata con due esempi: nel caso A, Tizio sferra un pugno a Caio per una banale lite per un parcheggio (o altro argomento); nel caso B, Tizio sferra un pugno a Caio perché passeggia mano nella mano con Sempronio.

È evidente che le condotte motivate da omofobia come quelle del caso B, sono connotate da un *'quid pluris'*, consistente in un sentimento di odio nei confronti di soggetti LGBT per il solo fatto che esistano, manifestando così un atteggiamento volto a negare la dignità umana, la libertà e l'uguaglianza di queste persone. Detto in altri termini, in entrambi i casi il bene giuridico da tutelare è l'integrità fisica della vittima, ma nel caso B compare anche la dignità umana della persona offesa fra i beni giuridici da tutelare: il reato è plurioffensivo, in quanto volto non solo a causare un danno fisico alla vittima ma altresì a negare la sua personalità⁶²³.

Le statistiche di questi anni mostrano come gli episodi di omofobia siano in aumento e, come correttamente puntualizzano le associazioni LGBT, questi numeri sono solo la "punta dell'iceberg" in quanto molto spesso le aggressioni omofobe non vengono denunciate: le vittime dovrebbero "uscire allo scoperto" ammettendo alla polizia, ai giudici, alla famiglia e magari alla stampa, la propria omosessualità e pertanto in molti casi preferiranno incassare e tacere⁶²⁴. Secondo un'indagine europea, pare che solo il 20 % delle aggressioni dettate da omofobia vada a processo⁶²⁵. Tutto ciò significa che le

⁶²² 'Sebastiano Riso, il regista di "Una famiglia" aggredito e vittima di insulti omofobi: 10 giorni di prognosi' del 3/10/2017, in www.ilfattoquotidiano.it.

⁶²³ M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 114 -115.

⁶²⁴ www.ilga-europe.org, sezione 'Hate Crime and Hate Speech'.

⁶²⁵ M. WINKLER - G. STRAZIO, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Mimesis, 2014, 125.

vittime di reati motivati da omofobia sono soggetti vulnerabili e sarà opportuno individuare strumenti idonei a risolvere questo problema delle mancate querele.

Si tratta di *‘delitti speciali’* perché l'agente traduce in un fatto già di per sé riprovevole, una spinta emotiva omofobica presente in lui ma diffusa nella società civile e talvolta addirittura *«istituzionalizzata»*, riversandola su un soggetto per la sua appartenenza al gruppo LGBT, e quindi anche e soprattutto a quest'ultimo rivolta: si attacca una persona per punire tutte le altre⁶²⁶. Basti pensare che nel caso B di cui sopra (tutt'altro che irrealistico), altre coppie potrebbero decidere di non tenersi per mano in pubblico per paura di un'aggressione omofoba (c.d. *‘queer bashing’*). Come ha spiegato il Consiglio d'Europa, un attacco ad una persona in ragione del suo orientamento sessuale alimenta un clima di criminalizzazione, marginalizzazione, esclusione sociale e violenza nei confronti dell'intera comunità LGBT⁶²⁷.

Come si vede il reato aggravato da omofobia è molto più complesso e pesante rispetto ad un reato che si potrebbe definire *‘semplice’*.

La società e le istituzioni (Chiesa, scuola, televisione, famiglia, ecc.) troppo spesso diffondono la convinzione profondamente errata che l'unico modello corretto e normale di sessualità e famiglia sia quella eterosessuale, provocando quindi quei pregiudizi di cui sopra, che con enorme facilità possono tramutarsi in odio. Tale odio verso alcune categorie di persone non è quindi un fenomeno a sé stante, riferibile a specifici singoli squilibrati e violenti: esso esprime un approccio culturale e ideologico diffuso nei confronti di alcune realtà sociali, come quella omosessuale.

La cieca opposizione di alcune forze politiche all'estensione dei diritti civili alle coppie LGBT, non fa altro che alimentare lo stigma, il quale può tradursi in quelli che vengono definiti *‘Hate Crimes’* e *‘Hate Speeches’*. Non possono non tornare alla mente le parole di Primo Levi: *««non siamo tutti uguali», «non tutti abbiamo gli stessi diritti», «alcuni hanno diritti ed altri no»: dove tutto ciò si diffonde appare un Fascismo, un Lager»*⁶²⁸. Facendo un collegamento con quanto scritto nel capitolo precedente, sarebbe molto più

⁶²⁶ M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 109.

⁶²⁷ M. WINKLER - G. STRAZIO, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, cit. (nota 625), 124.

⁶²⁸ Tratto da una intervista Rai, visionabile in <https://www.youtube.com/watch?v=1tffs51lj14>.

antifascista riconoscere i diritti alle coppie LGBT che punire il negazionismo o la propaganda fascista⁶²⁹.

Dunque, ciò che caratterizza il *'queer-bashing'* non è la motivazione con cui il singolo reo aggredisce la vittima LGBT, ma è il contesto, l'ambiente nel quale la violenza si compie: non è un caso che le violenze siano sempre accompagnate dai noti insulti.

Ancora. Ricerche in ambito psichiatrico hanno dimostrato che le vittime di delitti a stampo omofobico impiegano il doppio del tempo comune per recuperare il loro benessere psicologico⁶³⁰.

Considerati tutti questi argomenti, il caso A è profondamente diverso dal caso B, e visto l'aumento di casi di omofobia è opportuno che il diritto penale adotti strumenti specifici per combatterla.

Importante analizzare ora gli argomenti che sono stati via via opposti negli anni alla previsione di una circostanza aggravante specifica contro l'omofobia.

L'introduzione di una circostanza aggravante o di un reato autonomo contro l'omofobia, produrrebbe un privilegio per le persone omosessuali, in questo modo violando l'art. 3 Cost. Vanno respinte queste accuse di *'discriminazione alla rovescia'*: il principio di uguaglianza impone di trattare allo stesso modo i casi simili, ma anche di trattare in maniera diversa i casi diversi, e si è spiegato a lungo perché i reati a sfondo omofobico sono diversi dagli altri⁶³¹. È chiaro che gli omosessuali, se vittime di reati in ragione del loro orientamento sessuale, otterrebbero un trattamento differenziato e una maggiore protezione penale, ma questo è assolutamente ragionevole e razionale. Come sono ragionevoli e legittime le aggravanti per reati a sfondo razziale, etnico o religioso che dagli anni sessanta del secolo scorso sono largamente presenti nelle legislazioni dei vari Stati, allo stesso modo lo sono quelle aggravanti in ragione dell'orientamento sessuale della vittima⁶³². Anzi, proprio perché si vuole fornire una tutela rafforzata alle vittime di

⁶²⁹ Ci si riferisce al DDL Fiano (n. 3343), recentemente approvato dalla Camera dei Deputati, e trasmesso al Senato, che vorrebbe introdurre l'art. 293 *bis* al codice penale per impedire la propaganda di idee e contenuti dell'ideologia fascista e nazista. DDL Consultabile al sito www.camera.it.

⁶³⁰ M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 111.

⁶³¹ Su questo argomento v. per tutti E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.1, 2011, 24 ss.

⁶³² M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit. (nota 606), 112-113.

condotte omofobe, come è stato autorevolmente sostenuto, è più opportuno specificare che l'aggravante è istituita con precise finalità anti-omofobia, e non per un generico 'orientamento sessuale' della persona offesa: non si è mai sentito parlare di attacchi 'eterofobi' in ragione dell'eterosessualità della vittima, per cui l'eterosessuale non necessita di tutele rafforzate⁶³³.

Vanno respinte anche le obiezioni di chi contesta la necessità di introdurre un'aggravante specifica, in quanto alle condotte omofobe potrebbe applicarsi l'aggravante dei motivi abietti di cui all'art. 61 c.p. n. 1⁶³⁴. Come insegna la miglior dottrina, il carattere abietto o futile del motivo va accertato secondo le valutazioni medie della collettività in un certo momento storico⁶³⁵, e oggi è tutt'altro che assodato che i motivi di omofobia siano qualificabili automaticamente come abietti, e cioè turpi, ignobili, totalmente spregevoli, tali da suscitare una diffusa ripugnanza⁶³⁶, o come 'futili', nel senso di «*totalmente sproporzionati rispetto al reato al quale hanno dato origine*»⁶³⁷. Infatti la giurisprudenza non ha mai applicato tale aggravante ad episodi di omofobia⁶³⁸.

C'è chi ha prospettato la possibilità di un contrasto con il principio di laicità, il quale impone di rimanere equidistanti dalle diverse visioni del mondo, mentre invece in questo modo il diritto penale aderirebbe ad una determinata visione del mondo⁶³⁹. Come si diceva nel precedente capitolo a proposito dei reati a tutela del sentimento religioso, è necessario premettere che la neutralità del diritto penale non vuol dire indifferenza nei confronti delle varie ideologie e pertanto, se si ritiene necessario, per ragioni razionali e laiche, apportare delle tutele aggiuntive ad una categoria di soggetti che aderiscono ad una determinata visione del mondo, ciò non è in alcun modo contrario al principio di laicità. Bisogna rammentare che l'obiettivo primario del principio di laicità è quello di garantire il pluralismo, e per questo impone al diritto penale di non rimanere indifferente

⁶³³ E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., 28.

⁶³⁴ Per tutti, F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d'espressione, e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 21. Fermentemente contrario a questa interpretazione E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2014, 12 ss.

⁶³⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. (nota 21), 481 ss.

⁶³⁶ Cass., SS.UU. Sentenza 18 dicembre 2008, n. 337, Antonucci, in CED Cass. n. 241576.

⁶³⁷ Cass., Sez. I, Sentenza 8 maggio 2009, n. 29377, Albanese, in CED Cass. n. 244645.

⁶³⁸ E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 11, 2011, 1395 ss.; ID, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., 13 ss.

⁶³⁹ G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale: Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit. (nota 70), § 2.1.

di fronte a questa dilagante omofobia istituzionalizzata. Di fronte a quelle statistiche agghiaccianti sull'omofobia in Italia già riportate, lo Stato deve intervenire con strumenti idonei, non per funzioni pedagogiche, come alcuni hanno sostenuto, ma bensì per consentire veramente a tutti di poter liberamente esprimere la propria personalità. L'omosessuale viene tutelato in maniera privilegiata se e solo se aggredito in ragione della sua omosessualità: verrebbe violato il principio di laicità se si accordasse una protezione maggiore per gli omosessuali, anche per reati che non hanno nulla a che vedere con l'omofobia.

Per quanto riguarda il presunto contrasto con l'art. 21 Cost., è opportuno partire da ciò che ha stabilito la Cassazione in materia: *«Il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità ed offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»*⁶⁴⁰. In altre parole, è doveroso effettuare un bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. L'incriminazione della diffusione di teorie omofobe non sarebbe dunque in aperto contrasto con l'art. 21 Cost., in virtù del principio di uguaglianza, il quale impone il rispetto della pari dignità di tutti. Tuttavia, come ha scritto un'insigne costituzionalista, *«diversamente dall'evangelico cammello simili reati non riescono a passare per la cruna dell'ago rappresentato dall'art. 21 Cost.»*⁶⁴¹. La nostra Costituzione infatti, impostando una democrazia c.d. aperta, laica e pluralista, è tollerante con gli intolleranti che si fermano alle parole, e prevede il dialogo come strumento di confronto. Il reato di opinione che si verrebbe a creare, invece si colloca al di fuori di questa impostazione, in quanto blocca alla radice il dialogo: esattamente le stesse considerazioni che si facevano nel precedente capitolo a proposito del negazionismo. La dottrina maggioritaria è contraria alla creazione di un nuovo reato

⁶⁴⁰ Cass. Pen., Sentenza 7 maggio 2008, n. 37581, Mereu.

⁶⁴¹ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. (nota 588), 11.

di opinione: «se si limiteranno all'uso violento della parola meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé»⁶⁴².

Per questi motivi, la mera propaganda di idee omofobe non dovrebbe essere incriminata, e si segnala infatti che il DDL 'Scalfarotto' già approvato dalla Camera dei deputati⁶⁴³ e che verrà approfondito in seguito, si colloca in linea con quanto qui sostenuto.

Tuttavia sono condivisibili le obiezioni del professor Morassutto, il quale afferma che in un paese politicamente immaturo come il nostro, punire i discorsi d'odio potrebbe essere opportuno⁶⁴⁴. Il report del 2017 di Arcigay riporta il dato di un preoccupante aumento di casi di 'hate speech' ed è importante ribadire che l'omofobia che proviene dalle istituzioni alimenta e in qualche misura legittima aggressioni omofobe e discriminazioni.

In dottrina, si è anche detto che non vi sarebbe necessità di un intervento penale specifico in materia, in quanto esistono già le fattispecie di reato classiche e quindi, dietro a proposte di legge per contrastare l'omofobia si nasconderebbe un diritto penale simbolico, *«che ha come principale, se non esclusivo, catalizzatore la “pregnanza emotiva” ed il valore simbolico-espressivo della pena, utilizzata per fomentare consenso sociale, non già per esprimerlo»*⁶⁴⁵.

Ora, è senz'altro vero che una norma penale specifica contro l'omofobia ha un ruolo simbolico. Nel corso dei lavori parlamentari, presentando legge anti-omofobia che porta il suo nome, l'on. Scalfarotto ha infatti affermato che il DDL mira a *«dare un segnale di inclusione e di rispetto non solo alle persone interessate ma a tutto il paese. È uno di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità. [...] Una legge di civiltà, [...] che serva in primo luogo a dire al Paese che la nostra comunità nazionale ripudia ogni forma di odio, incluso quello omofobico e transfobico»*⁶⁴⁶.

⁶⁴² A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. (nota 588), 18.

⁶⁴³ S 1052 consultabile in www.senato.it.

⁶⁴⁴ L. MORASSUTTO, *Legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?*, in www.articolo29.it, 2013, §4.

⁶⁴⁵ G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale: Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit. (nota 70), 51.

⁶⁴⁶ XVII Legislatura, Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Giustizia (II), 6 giugno 2013.

Il compito del diritto penale è quello di prevenire condotte socialmente dannose, e non quello di pubblicare ‘*norme-manifesto*’ che esprimano messaggi identitari. Tuttavia, non si comprende perché vengano fatte queste ‘*accuse ex ante*’, e cioè prima ancora che le nuove norme entrino in vigore. Per comprendere se queste norme saranno efficaci per la prevenzione dei numerosi reati a sfondo omofobico, sarà infatti opportuno confrontare i dati statistici prima e dopo l’entrata in vigore delle nuove norme. In questo senso si inserisce l’ottimo art. 2 del DDL Scalfarotto, che prevede l’introduzione di una rilevazione statistica sui risultati delle nuove norme⁶⁴⁷. Non potendo prevedere il futuro, non si può far altro che osservare ciò che è avvenuto negli altri paesi a seguito dell’introduzione di specifiche norme contro l’omofobia, e ribadire le buone intenzioni che animano queste proposte di legge: la peculiarità delle condotte di reato motivate da omofobia e il progressivo aumento statistico di queste condotte.

È chiaro che introdurre queste norme senza modificare l’intero ordinamento equiparando coppie eterosessuali e omosessuali sarebbe contraddittorio: il legislatore imporrebbe ai cittadini di non discriminare gli omosessuali, ma egli stesso manterrebbe discriminazioni legali all’interno dell’ordinamento, trasmettendo così il messaggio che individui e coppie omosessuali siano inferiori e con meno diritti degli eterosessuali. In altre parole, il diritto penale non può da solo sconfiggere il problema culturale, sociale, educativo che porta con sé l’omofobia. Anzi, in base al principio secondo il quale il diritto penale dovrebbe essere l’*extrema ratio*, prima dovrebbero ampliarsi i diritti civili degli omosessuali parificandoli con quelli degli eterosessuali e soltanto poi ricorrere allo strumento penale. Ma come è stato autorevolmente fatto notare⁶⁴⁸, allo Stato costa molto meno approvare una norma penale contro l’omofobia, che occuparsi dello spinoso tema delle famiglie omosessuali. A parere di chi scrive, in questo settore bisogna agire contemporaneamente in tutti i rami dell’ordinamento, approvando, alla luce del principio di laicità, norme scevre da quel pregiudizio eteronormativo sul quale inevitabilmente sono stati costruiti i codici risalenti

⁶⁴⁷ «Art. 2. Ai fini della verifica dell’applicazione della presente legge e della progettazione e della realizzazione di politiche di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica e del monitoraggio delle politiche di prevenzione, l’Istituto nazionale di statistica, nell’ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, assicura lo svolgimento di una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza che ne misuri le caratteristiche fondamentali e individui i soggetti più esposti al rischio con cadenza almeno quadriennale».

⁶⁴⁸ A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all’omofobia e alla transfobia*, cit. (nota 588), 9.

al periodo fascista e ancora oggi in vigore: pregiudizio con cui si continua a legiferare ancora oggi, e questo lo si è già visto nel capitolo precedente quando *en passant* si sono citate le discriminazioni operate dalla l. 40/2004 fra coppie eterosessuali e omosessuali.

Vista l'infondatezza delle principali obiezioni mosse ad una legge penale contro l'omofobia, è possibile passare all'analisi del più volte citato DDL 'Scalfarotto'. Quest'ultimo, già approvato dalla Camera dei deputati ma purtroppo fermo in Senato dal 2013, correttamente estende alcune delle previsioni normative della legge Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654) e del decreto Mancino (d.l. 26 aprile 1993, n. 122 convertito in l. 205/1993 del 25 giugno 1993) ai casi di omofobia. In altre parole, il legislatore italiano si propone di equiparare le condotte motivate da omofobia a quelle motivate da odio razziale, etnico, nazionale o religioso: non solo una scelta vantaggiosa dal punto di vista giuridico, ma anche perfettamente in linea con le Risoluzioni del Parlamento europeo⁶⁴⁹. Equiparazione non totale comunque, in quanto, come si diceva, per i problemi di frizione con l'art. 21 Cost. si è deciso correttamente di evitare di introdurre il reato di «*propaganda di idee fondate sull'omofobia*». Nello specifico, si vorrebbero introdurre i reati autonomi di: istigazione a commettere o commissione di atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia (art. 3 lett. a legge Reale); partecipazione, promozione o direzione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia (art. 3 lett. b legge Reale). Per quanto riguarda la circostanza invece, si prevede un'aggravante ad effetto speciale non suscettibile di essere bilanciata con altre circostanze e con alcune caratteristiche sotto il profilo processuale: la perseguibilità d'ufficio, la possibilità di arresto in flagranza di reato e procedere per direttissima, la possibilità di dare corso a sequestri e perquisizioni e la competenza del tribunale o della Corte d'assise. Il testo normativo del decreto Mancino diverrebbe: «*Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale, religioso, o fondati sull'omofobia o transfobia ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà*».

⁶⁴⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 18/01/2006, la quale afferma la seguente definizione di omofobia: «una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali basata sul pregiudizio analogo al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo».

Tuttavia, durante una seduta alla camera, è stato approvato un emendamento (Verini-Gitti) volto ad introdurre un comma 3 bis alla legge Reale⁶⁵⁰ il cui testo è il seguente: «*Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni*».

In dottrina e non solo, si è parlato di «*monstrum giuridico*» e di norma che si candida «*ad essere uno dei peggiori prodotti normativi degli ultimi vent'anni in ambito penale violando i più elementari principi a cui un testo legislativo deve ispirarsi*»⁶⁵¹. Questo emendamento a prima vista si ricollega all'esigenza già segnalata di salvaguardare la libertà di manifestazione del pensiero, introducendo una *norma definitoria* che interesserebbe l'intera legge Reale, e che avrebbe l'obiettivo di precisare in negativo il concetto di *discriminazione*. Più difficile ma più utile e corretto sotto il profilo dei principi di legalità e uguaglianza, sarebbe stato invece individuare in positivo, anche con un elenco tassativo di ipotesi, che cosa integri una discriminazione penalmente rilevante. Ma le critiche sono ben altre.

In primo luogo, parlare di «*pluralismo delle idee*» in una norma penale, presta il fianco a fondati dubbi di legittimità costituzionale, visto che si tratta di un concetto eccessivamente ampio e vago: verrebbe violato il principio di precisione. «*Pluralismo delle idee*» è un concetto dai contorni indefiniti e pertanto permette la riconduzione ad esso di qualunque posizione individuale portando così ad una inevitabile legittimazione anche delle affermazioni più inquietanti⁶⁵². Inoltre, visto che la legge Reale è la legge di Ratifica e di esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le

⁶⁵⁰ Nel frattempo che il presente DDL giaceva al Senato è stato aggiunto un comma 3 bis alla legge Reale nel 2016 (l. 16 Giugno 2016, n. 115): si è già analizzata questa modifica nel secondo paragrafo del precedente capitolo. Ciò per puntualizzare che, se mai verrà riesaminato il DDL in commento dal Senato, si potrà tutt'al più introdurre un comma 3 *ter* visto che il comma 3 *bis* è stato già introdotto.

⁶⁵¹ L. MORASSUTTO, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è... e si vede*, in *Questionegiustizia.it*, 23 Settembre 2013, 2.

⁶⁵² M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in www.articolo29.it, 22 Ottobre 2013, §6.

forme di discriminazione razziale, di New York del 7 marzo 1966, si rischia di violare obblighi internazionali a cui l'Italia è vincolata.

In secondo luogo, desta perplessità l'espressione «*non costituiscono discriminazione [...] le condotte conformi al diritto vigente*». Se si fosse utilizzata la parola 'legge' anziché 'diritto', la norma poteva essere criticata per la sua inutilità o tautologia ('ogni condotta in osservanza alla legge non è vietata'). Invece, il termine diritto apre la strada anche alle fonti giuridiche più basse come un regolamento comunale o una consuetudine⁶⁵³. Per evitare un contrasto con il principio di legalità, l'unico strumento possibile sarebbe un'interpretazione costituzionalmente orientata che legga 'diritto vigente' come 'leggi vigenti'. Ad ogni modo in Senato sono già stati presentati emendamenti volti a sostituire il termine 'diritto' con 'leggi'⁶⁵⁴.

L'ultima parte della disposizione (sub-emendamento Gitti) è la più interessante ai fini del presente elaborato. Accanto alle condotte conformi al diritto vigente vengono collocate anche quelle che non lo sono ma che vengono «*assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto*». L'intento del legislatore è quello di mettere in sicurezza il pluralismo anche statuario e fornire tutela alle organizzazioni di tendenza⁶⁵⁵. L'effetto concreto tuttavia è un altro e dagli esiti particolarmente inquietanti: i vari omofobi, razzisti ecc., potrebbero iscriversi ad organizzazioni politiche (Forza Nuova, ad esempio) o culturali egualmente orientate, garantendosi così un comodo salvacondotto⁶⁵⁶. Sforzandosi di comprendere questa disposizione «*scritt[a] veramente ma veramente molto male*»⁶⁵⁷, si deve anzitutto sottolineare come essa riguarda soltanto la legge Reale e che la istigazione alla violenza o all'odio rimane reato anche quando avvenga dentro le organizzazioni di cui sopra. Utilizzandosi il termine 'condotte', non si fa riferimento a

⁶⁵³ M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, cit. (nota 652), §6.

⁶⁵⁴ Emendamento 1.173 al DDL S. 1052 a firma dei senatori, LUMIA, CAPACCHIONE, CASSON, CIRINNÀ, CUCCA, FILIPPIN, GINETTI, LO GIUDICE: Al comma 1, lettera c), capoverso 3-bis, le parole: «*al diritto vigente*» sono sostituite dalle parole: «*alle leggi vigenti*».

⁶⁵⁵ A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, cit. (nota 588), 12.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

⁶⁵⁷ M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, cit. (nota 652), §6.

manifestazioni del pensiero, ma a comportamenti discriminatori⁶⁵⁸. Inoltre, enti pubblici e imprese non possono ricondursi all'elenco delle organizzazioni⁶⁵⁹.

Per fare qualche esempio di ciò che rientra all'interno del salvacondotto, si può citare un caso di licenziamento di un insegnante gay da parte di una scuola cattolica oppure l'impedimento ad un omosessuale di donare sangue in un'organizzazione che svolge attività di natura sanitaria: condotte discriminatorie e che possono essere denunciate all'autorità giudiziaria per ottenere tutela in sede diverse da quella penale.

Dall'obiettivo della tutela delle organizzazioni di tendenza si è passati così alla creazione di un salvacondotto per ogni discriminazione in forma associata. Condotte discriminatorie solo perché tenute *'all'interno'* di un'organizzazione non ricadrebbero all'interno della legge Reale: una vera e propria costruzione di zone franche dal diritto penale.

I risultati a cui si perviene, ma anche la pessima tecnica redazionale impiegata, fanno comprendere che questi emendamenti hanno poco o nulla a che fare col diritto, ma hanno tutto a che fare con la politica: infatti, un'analisi degli iter parlamentari mostra che pur di far approvare il disegno di legge con rapidità, si è accettato di pagare il prezzo di questi due emendamenti "dell'ultimo minuto" tanto voluti dal mondo cattolico ma che tradiscono completamente il testo e le sue intenzioni. Non dovrebbero esistere zone franche nelle quali la discriminazione può avvenire impunemente, e soprattutto non in ambienti come partiti politici, chiese, scuole dove l'omofobia se presente può lasciare segni profondi e pesanti danni.

A quattro anni dall'approvazione del DDL *'Scalfarotto'* alla Camera (Settembre 2013), si può rilevare agevolmente come questa legge sia profondamente avversata sul piano politico. Al sito internet del Senato è possibile vedere come l'ostruzionismo delle frange più conservatrici ha prodotto circa 350 emendamenti: un numero esorbitante se si pensa all'esiguità del testo del DDL. Alcune di queste proposte di modifica sono a dir poco imbarazzanti, e forse l'unico aggettivo che si può usare è 'omofobe': si assiste ancora una volta alla parificazione di omosessuali e pedofili, dell'omofobia con la eterofobia e la

⁶⁵⁸ *Ibidem.*

⁶⁵⁹ *Ibidem.*

‘cristianofobia’⁶⁶⁰. Fortunatamente, accanto a queste mostruosità, vi sono anche corrette proposte di abolizione delle norme risultanti dall’emendamento Verini-Gitti.

La lentezza con cui si procede oggi al Senato, le numerose e infondate obiezioni sul piano giuridico alle proposte di legge⁶⁶¹, le proteste del mondo cattolico che sfociano nella già vista produzione di ‘monstra’ giuridici e nel volgare ostruzionismo da parte dei parlamentari conservatori, sono elementi che contribuiscono a dare ragione a chi in dottrina con precisione chirurgica ha evidenziato come «*contro qualsiasi legge di contrasto all’omofobia milit[i]no, in politica, una serie di fattori concorrenti, che pesano come macigni: il calcolo di chi è disposto a pagare qualsiasi prezzo pur di assicurarsi il sostegno della Chiesa cattolica; la becera ostilità alla legge di chi, dall’alto di un seggio in Parlamento, o addirittura dai banchi del Governo, addita al pubblico disprezzo gli omosessuali; il fanatismo ideologico dei paladini della ‘natura’ e del solo amore ‘secondo natura’. Soltanto un’anima candida può credere che la battaglia sulla legge contro l’omofobia si combatta davvero sul piano del diritto*»⁶⁶².

In questo scenario, è possibile scorgere ancora una volta, la post-secolarizzazione che qui sfocia in un vero e proprio neo-confessionismo tutt’altro che strisciante, dal momento che non solo si cerca di produrre norme incostituzionali volte a creare salvacondotti per le gerarchie ecclesiastiche, ma con un pesante ostruzionismo si impedisce qualsiasi confronto sull’argomento, non permettendo così allo Stato di poter intervenire nel campo dell’omosessualità. Inevitabilmente si crea in questo modo un pesante ‘*vulnus*’ alla laicità dello Stato, non permettendo a quest’ultimo di svincolarsi dal pregiudizio eteronormativo, e opporsi alle volontà del Vaticano che vanno contro i principi del nostro ordinamento.

Ogniquale volta si vuole far approvare una legge che parifichi il trattamento di omosessuali ed eterosessuali, o che voglia istituire delle tutele rafforzate alle vittime di omofobia e transfobia, viene fatto un incivile ostruzionismo da parte dei partiti più conservatori e legati al mondo cristiano, che porta, nelle ipotesi più fortunate, ad un insensato

⁶⁶⁰ Emendamenti 1.5 e 1.8 a firma dei senatori GIOVANARDI, D’ASCOLA, TORRISI, BIANCONI, CHIAVAROLI.

⁶⁶¹ In questa sede non si è potuto dare conto di tutte le obiezioni mosse in dottrina ad una legge specifica contro l’omofobia. Per un’analisi delle obiezioni, cfr. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici M. FERRARESI, *La legge sull’“omofobia”: un pericolo per la libertà di espressione?*, in *Iustitia*, fasc. 3, 2013, 209 ss.; F. MANTOVANI, *I delitti di “omofobia” e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, fasc. 3, 221 ss.

⁶⁶² E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull’omofobia*, cit. (nota 638), 1395.

allungamento dei tempi dell'*iter legis*. Quando tali leggi vengono poi approvate, nascono comunque condizionate dal clima intriso di pregiudizio e per questo o perdono alcune norme durante le votazioni, come il caso della '*stepchild adoption*' nella legge che ha introdotto le unioni civili⁶⁶³, o nascono con difetti evidenti, come il testo del DDL Scalfarotto uscito dalle votazioni della Camera dei deputati. Citando Rodotà, si assiste impotenti ad «*un'imbarazzante modestia giuridica, per non dire una malafede che si traduce nel peggior cavillare*»⁶⁶⁴.

In tutto questo, il principio di laicità viene assolutamente dimenticato e non riesce ad essere più che un'altisonante dichiarazione di principio: un'eterna Calipso insomma.

Concludendo, ILGA-Europe, la più grande associazione LGBT in Europa, facendo una statistica delle legislazioni dei paesi europei in materia di diritti LGBT, nel 2017 colloca l'Italia al 32esimo posto su 49 Stati in Europa (23esimi sui 28 dell'Unione Europea), con il 26,67 % di realizzazione dei diritti LGBT, dove lo 0 % rappresenta serie violazioni dei diritti umani e discriminazioni, il 100 % il pieno rispetto dei diritti umani e completa uguaglianza⁶⁶⁵.

In questo scenario, dove l'Italia è fra gli ultimi in Europa, tanto c'è ancora da fare per giungere ad una completa uguaglianza, la grande promessa non mantenuta della modernità⁶⁶⁶. Tuttavia oggi la sensibilità su questi argomenti è cambiata completamente rispetto a qualche anno fa: non c'è più il clima di «*tolleranza repressiva*», l'omosessualità è sdoganata, vengono approvate leggi che portano ad un riconoscimento giuridico delle coppie gay, si comincia da alcuni anni a parlare di omogenitorialità e c'è nei media particolare sensibilità al tema dell'omofobia.

Non si possono ignorare le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate.

⁶⁶³ Per approfondimenti circa il travagliato *iter legis* della l. 76/2016 v. M. CIRINNÀ, *L'Italia che non c'era*, Fandango, 2017.

⁶⁶⁴ S. RODOTÀ, *La politica del disgusto*, del 27 luglio 2011, in *La Repubblica*.

⁶⁶⁵ www.rainbow-europe.org.

⁶⁶⁶ S. RODOTÀ, *Prefazione*, cit. (nota 605), 11.

In questo quadro in rapida evoluzione, quello che è certo è che ad una completa equiparazione si arriverà: non si può prevedere quando, né ad opera di chi, ma il legislatore o la Corte costituzionale prima o poi dovranno fare i conti con la realtà della vita quotidiana, smettendo di eluderla con atti pilateschi⁶⁶⁷, e rendere il diritto finalmente meno abominevole⁶⁶⁸. Metaforicamente, il vento del cambiamento sta soffiando in tutto il mondo, e la politica italiana dovrebbe sapere che non si può fermare il vento (o l'arcobaleno, in questo caso), ma tutt'al più soltanto fargli perdere tempo, come diceva un censurato ritornello di una vecchia canzone⁶⁶⁹.

Usando ancora una volta le parole di Stefano Rodotà: *«Per uscire dalla regressione nella quale siamo precipitati, nulla sarebbe più forte del riconoscimento pieno dei diritti degli omosessuali»*⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Per quanto riguarda la Corte Costituzionale, si allude in particolare alla sentenza pilatesca 138/2010: basata su un assurdo argomento 'originalista' secondo il quale l'art. 29 va interpretato secondo la tradizione del Codice Civile del 1942. Per un commento v. I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte Costituzionale «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per la sentenza 138/2010, in www.dircost.unito.it.

⁶⁶⁸ Si segnala comunque che la giurisprudenza (di merito e di legittimità) in questi anni è particolarmente progressista. Ad esempio, in tema di *Stepchild adoption*, c'è un progetto di legge fermo in commissione in Parlamento da un anno, mentre in giurisprudenza già la si applica: v. per tutti M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in www.articolo29.it, 2016.

⁶⁶⁹ 'La Canzone del Maggio', di Fabrizio de André, tratta dall'album *Storia di un impiegato* del 1973.

CONCLUSIONI

L'obiettivo primario dell'elaborato era quello di chiarire i significati del principio di laicità nel diritto penale. Tale obiettivo sembra che sia stato raggiunto, tuttavia è doveroso segnalare come circa lo *status* del principio di laicità permangano in dottrina e in giurisprudenza una moltitudine di opinioni discordanti, nonostante le chiare indicazioni della Consulta. In questo studio, viste ad esempio le applicazioni concrete del principio di laicità da parte della Corte costituzionale nei reati contro il sentimento religioso, si è rifiutata la concezione dominante in dottrina che vede la laicità essere un mero carattere del diritto penale. Futuri studi sul principio di laicità avranno il compito di approfondire questo punto, in quanto è su di esso che si gioca tutta la partita: le applicazioni concrete del principio di laicità deriveranno naturalmente da come esso sarà inteso dagli operatori del diritto. In altre parole, si lascia (anche) a successivi studi l'onere di rispondere alla seguente domanda: il principio di laicità è un concetto astratto che resta sullo sfondo del diritto penale, oppure è un principio suscettibile di applicazioni dirette e autonome, ad esempio da parte della giurisprudenza?

In merito all'obiettivo di comprendere se e quanto sia laico il diritto penale italiano la risposta è più complessa e sono quindi opportune alcune riflessioni che sintetizzino i principali risultati a cui si è pervenuti.

Per quanto riguarda le analisi effettuate circa il rapporto fra diritto penale e religioni, etiche, culture e ideologie è possibile notare che, soprattutto nell'ultimo periodo storico, vi è una tendenza a perseguire logiche identitarie attraverso il diritto penale, e quindi a reagire di fronte al "diverso" con strumenti eccessivamente repressivi e più intensi del necessario. I recenti reati di negazionismo, mutilazioni genitali femminili e di pornografia virtuale sono emblematici non solo di forme di diritto penale simbolico e del nemico ma anche di come il nostro ordinamento, sotto la spinta di organismi sovranazionali, si stia ri-eticizzando al fine di rimarcare la propria identità.

Tali commistioni fra diritto penale e morale sono altresì favorite dal c.d. 'populismo penale': attualmente pressoché tutti gli schieramenti politici, per guadagnare consensi assecondando le richieste di punizioni draconiane provenienti dai settori più frustrati della popolazione, e anche per evitare le difficoltà di interventi politici più sofisticati, si

propongono di fare o fanno un uso smodato del diritto penale. Nonostante le statistiche ISTAT parlino di un calo dei reati fra il 2016 e il 2017 superiore al 10 %, il sentimento di paura della popolazione non tende a diminuire, molto probabilmente perché fomentato dall'ossessivo interesse per la cronaca nera da parte degli organi di informazione e ora anche dei *talk show*, ed è proprio a questi sentimenti, alla “pancia” degli italiani che sono rivolti gli interventi esageratamente repressivi promossi dalla gran parte della politica italiana.

Richiamando le riflessioni già svolte circa il rapporto tra diritto penale e religioni, è possibile segnalare come il Cattolicesimo, ufficialmente *ex religione* ufficiale dello Stato, subisca ancora un trattamento privilegiato da parte della giurisprudenza penale e come l'etica cattolica, posta in risalto e alimentata costantemente dagli organi di stampa, riesca spesso a tradursi in norme di legge che per questo spesso mancano di razionalità e laicità: in dottrina per riassumere tale fenomeno è stata usata l'espressione ‘Neo-confessionismo’, le cui caratteristiche sono state illustrate sin dal primo capitolo.

Un'altra modalità con cui agisce la Chiesa cattolica sulla legislazione è quella di rendere il dibattito pubblico notevolmente più aspro e complesso, favorendo quindi la già segnalata tendenza del legislatore, soprattutto nelle tematiche eticamente sensibili, a non decidere, a non prendere posizione. Al di là dei risultati spesso deludenti a cui pervengono le leggi in materie eticamente sensibili, si deve rimarcare la lentezza letargica che connota alcuni procedimenti legislativi, spesso segnati da ostruzionismi e giochi di potere. La causa principale di tutto questo è che in Italia il conflitto fra la visione dei laici e quella dei cattolici, in materie di bioetica (e non solo), risulta tuttora irrisolto. In questo elaborato sono state proposte alcune soluzioni per rimuovere lo stallo che si è venuto a creare in queste materie: ad esempio una prima soluzione è quella di agire a livello sovranazionale e specialmente nell'ambito dell'Unione Europea, in quanto sono materie troppo importanti per essere disciplinate in maniera differente nei vari paesi (anche per evitare un turismo per sfuggire al diritto penale); secondariamente, sarebbe necessario reimpostare il dibattito pubblico attraverso l'abbandono di ogni tipo di pregiudizio, al fine di formulare invece giudizi oggettivi servendosi di ricerche scientifiche e delle scienze sociali, ricordando sempre che la legge dev'essere razionale e ricercare il pluralismo.

Infine occorre porre l'attenzione sul fatto che alcune categorie di soggetti, per il loro modo di pensare o di vivere non ricevono la medesima tutela penale accordata ad altri gruppi. Ci si riferisce, in particolar modo, alla mancata equiparazione fra credenti e non credenti nei reati contro il sentimento religioso, e alla non introduzione di reati e/o aggravanti per prevenire le condotte aggressive motivate da omofobia, alla stregua di quelle motivate da razzismo, xenofobia, antisemitismo, ecc. Come più volte ribadito, in virtù dell'art. 3 Cost., devono essere trattati diversamente i casi diversi e allo stesso modo i casi analoghi, potendo sussistere discriminazioni solo se ragionevoli. L'apice dei trattamenti differenziati irragionevoli, ad avviso di chi scrive, lo si è riscontrato nell'art. 5 della l. 40/2004 laddove si limita alle coppie di sesso analogo la possibilità di accedere a forme di fecondazione medicalmente assistita: un argomento sul quale è già in corso un dibattito anche in seno all'opinione pubblica, e di cui il legislatore dovrà presto occuparsi.

Rispondendo alla domanda iniziale, il diritto penale italiano oggi può definirsi laico sicuramente per quanto riguarda la sua struttura, la c.d. 'Parte Generale' del diritto penale. Nella 'Parte Speciale' invece è tuttora possibile individuare reati che non rispondono alle logiche del principio di laicità bensì a forme di paternalismo, moralismo giuridico, populismo penale, diritto penale simbolico e del nemico, nonché discipline ispirate da visioni etiche particolari e spesso proprie del cattolicesimo. In altre parole il principio di laicità attualmente soffre le spinte in senso contrario che provengono dal clima culturale e politico dell'epoca (il c.d. '*Zeitgeist*') che si sta vivendo. Il risultato è che oggi la laicità è largamente disapplicata ed è più un bel concetto, «*un'eterna Calipso*», che un principio supremo giuridicamente vincolante.

Per uscire dal baratro in cui si è precipitati sarà opportuno rinnovare in dottrina gli studi sul principio di laicità riscoprendone la cogenza, e soprattutto che la giurisprudenza, in special modo quella costituzionale, abbandoni gli approcci timidi e pilateschi, recuperando lo spirito delle prime, storiche sentenze sul principio di laicità.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Giappichelli, 2004.
- AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007.
- AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010.
- AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca – G. Francolini, Giappichelli, 2008.
- AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari – L. Stortoni, Bononia University Press, 2009.
- ABBAGNANO N., *Laicismo*, in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed., a cura di G. Fornero, 1998.
- ALICINO F. – CIOTOLA C., *Laicità in Europa/laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, Aspes, 2012.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale.*, vol. 1, 3^a ed., Giuffrè, 2008.
- BARBERA A. – FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, 6^a ed., Il Mulino, 2010.
- BARBERA A., *Il cammino della laicità*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 33 ss.
- BASILE F., *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Ragion pratica*, fasc. 40, 2013, 9 ss.
- BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Diritto penale e processo*, 2006, fasc. 6, 680 ss.
- BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in www.statoechiese.it, 2007.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764.
- BELVISI F., *Principi costituzionali: “dalla struttura alla funzione”*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2016, fasc. 2, 28 ss.
- BERNARDI A., *Relativismo dei valori e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari - L. Stortoni, Bononia University Press, 2009, 139 ss.
- BETTIOL G., *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1949, ora in G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, CEDAM, 1966, 746 ss.

BOBBIO N., *Perché non ho firmato il “Manifesto laico”*, in AA.VV., *Manifesto laico*, a cura di E. Marzo - C. Ocone, Laterza, 1999, 123 ss.

BOCKENFORDE E., *Diritto e secolarizzazione: dallo Stato moderno all’Europa unita*, Laterza, 2007.

BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 978 ss.

CADOPPI A. - SCARCELLA B., *Dreamin’ California*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 3, 2016, 202 ss.

CADOPPI A., *Liberalismo, Paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari – L. Stortoni, Bononia University Press, 2009, 283 ss.

CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Diritto Penale*, Parte generale, Il Mulino, 2007.

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, 2006, 139 ss.

CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2016.

CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz” le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

CARDIA C., *Stato Laico*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990.

CARETTI P., *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2011, 761 ss.

CASALENA P. G., *Il principio di laicità nell’ordinamento dell’Unione Europea*, in www.Oikonomia.it, 2015.

CASUSCELLI G., *“L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale” in materia di vilipendio della religione*, in www.olir.it, 2005.

CASUSCELLI G., *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in www.statoechiese.it, 2011.

CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 999 ss.

CAVANA P., *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in www.olir.it, 2005.

CECCANTI S., *E se la Corte andasse in Baviera? Relazione introduttiva*, in AA.VV., *La laicità crocifissa*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Giappichelli, 2004, 1 ss.

CELOTTO A., *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in www.forumcostituzionale.it, 2004.

CIRINNÁ M., *L'Italia che non c'era*, Fandango, 2017

COLAIANNI N., *Diritti fondamentali e fondamentalismi: satira e simboli religiosi*, in www.forumcostituzionale.it, 2016.

CONSO G., *Contro i reati di vilipendio*, in *Indice Penale*, 1970, 545 ss.

CROCCO G., *Diritto, ordine e religione nella tutela penale*, in AA.VV., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, 2014, 221 ss., consultabile anche in www.antoniofuccillo.it.

DALL'ORTO G., *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, in www.giovannidallorto.com, 1986, originariamente in AA.VV., *Omosessuali e Stato*, a cura di Arci gay nazionale, Cassero, 1988.

DALLA D., *Motivazioni laiche e dettami confessionali nel diritto criminale romano: la repressione dei comportamenti omosessuali*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 315 ss.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 173 ss.

DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in www.sidiblog.org, 2016.

DI BLASE A., *I riferimenti alla laicità dello Stato nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul velo islamico: la sentenza sul caso Leyla Şahin*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 137 ss.

DI CESARE D., *Negare la Shoah, Questioni filosofico-politiche*, in AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani - L. Patruno, Il nuovo melangolo, 2013, 69 ss.

DI COSIMO G., *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in www.statoechiese.it, 2013.

DI GIOVINE A., *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in www.sissco.it, 2006.

DOLCINI E., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 11, 2011, 1393 ss.

DOLCINI E., *Laicità, "sana laicità" e diritto penale, la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.3, 2009, 1017 ss.

DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2014, 7 ss.

DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.1, 2011, 24 ss.

DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in www.statoechiese.it, 2012.

DONINI M., *"Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010, 41 ss.

EDER K., *Post-secularism: A return to the public sphere*, in www.eurozine.com, 2006.

EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, 2007, 163 ss.

FABINI G., *Migranti e polizia, tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2011.

FALCETTA S., *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del diritto*, fasc. 1, 2013, 17 ss.

FERRAJOLI L., *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari - L. Stortoni, Bononia University Press, 2009, 121 ss.

FERRARESI M., *La legge sull'"omofobia": un pericolo per la libertà di espressione?*, in *Iustitia*, fasc. 3, 2013, 209 ss.

- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, 2014.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, 5^a ed., Zanichelli, 2012.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. 2, tomo primo, 4^a ed., Zanichelli, 2013.
- FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, 546 ss.
- FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2011, 1383 ss.
- FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, 167 ss.
- FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010.
- IORE C. - IORE S., *Diritto Penale. Parte generale*, 5^a ed., UTET, 2016.
- IORE C., *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 893 ss.
- FIORITA N., *Il crocifisso da simbolo confessionale a simbolo neo-confessionista*, in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo, Giuffrè, 2006, 179 ss.
- FIORITA N., *L'insostenibile leggerezza della laicità italiana*, in www.statoechiese.it, 2011.
- FLORA G., *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, 97 ss.
- FORNERO G., *Laicità*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. XII, 2014.
- FORTI G., *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, fasc. 2-3, 2007, 297 ss.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 283 ss.
- FRONZA E. – GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2016, 1016 ss.

FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in www.parolaalladifesa.it, 2016.

FUMAGALLI CARULLI O., *Costituzione europea, radici cristiane e Chiese*, in www.olir.it, 2005.

GATTUSO M., *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in www.articolo29.it, 2013.

GATTUSO M., *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in www.articolo29.it, 2016.

GIANFREDA A., *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Giuffrè, 2012.

GRANDI C., *A proposito di reati culturalmente motivati*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.

LARICCIA S., *La laicità della Repubblica italiana*, in www.astrid-online.it, 2006.

LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, fasc. 3, 2011, 154 ss.

MANCINI S., *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 145 ss.

MANFRINI G., *Laicità e diritto penale*, Università degli Studi di Trento, 2016.

MANTOVANI F., *I delitti di "omofobia" e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, fasc. 3, 221 ss.

MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, 470 ss.

MARCHEI N., *La consulta conclude il lavoro intrapreso dieci anni fa: un volto nuovo (ma non troppo) per i reati in tema di religione*, in www.olir.it, 2005.

MARCHEI N., *La giurisprudenza ordinaria in materia penale: le contraddittorie anime del principio di laicità*, in www.statoechiese.it, 2009.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, 2001.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Giuffrè, 2017.

- MARINUCCI G., *Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello stato*, in www.statoechiense.it, 2009.
- MASSA PINTO I. – TRIPODINA C., *Sul come per la Corte Costituzionale «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per la sentenza 138/2010, in www.dircost.unito.it, 2010.
- MAZZOLA R., *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1309 ss.
- MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, editoriale scientifica, 1979.
- MORASSUTTO L., *Legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?*, in www.articolo29.it, 2013.
- MORASSUTTO L., *Omofobia e transfobia: il trucco c'è... e si vede*, in Questionegiustizia.it, 2013.
- MORMANDO V., *Laicità penale e determinatezza. Contenuti e limiti del vilipendio*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Giuffrè, 2006, 2453 ss.
- MORMANDO V., *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2005, 651 ss.
- PACILLO V., *Neo-confessionismo e regressione*, in www.olir.it, 2005.
- PALAZZO F., *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2010, 437 ss.
- PALIERO C. E., *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2016, 1154 ss.
- PEDOTE P., *Storia dell'omofobia*, Odoya, 2011.
- PEGORARO L. - COSIMO E. D. - PENNICINO S. - RAGONE S., *Laicità, eguaglianza, etica. Recenti tendenze nella legislazione e nella giurisprudenza di alcune corti europee ed extraeuropee*, in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, 2007, 181 ss.
- PENE VIDARI G. S., *Storia del Diritto-Età Contemporanea*, Giappichelli, 2012.
- PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d'espressione, e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.

PINELLI C., *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di "relativismo"*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2006, 821 ss.

PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, fasc. 1, 2015, 6 ss.

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

PUGLISI G., *A margine della c.d. "Aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016.

PULITANÓ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.

PULITANÓ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2006, 55 ss.

RICCARDI G., *Omofobia e legge penale: Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

RIMOLI F., *Laicità (dir.cost)*, in *Enciclopedia Treccani giuridica*, 1995.

RIMOLI F., *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, 2006, 335 ss.

RISICATO L., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008.

RISICATO L., *Laicità e principi costituzionali*, in www.statoechiese.it, 2008.

RODOTÁ S., *La politica debole e l'offensiva della chiesa*, in *La Repubblica*, 8 Febbraio 2007.

RODOTÁ S., *La politica del disgusto*, in *La Repubblica*, 27 luglio 2011.

RODOTÁ S., *Prefazione*, in M. Winkler - G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il saggiatore, 2011, 11 ss.

ROMANO M., *Principio di laicità, religioni e norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, 493 ss.

ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1981, 477 ss.

ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2000, 3 ss.

SCOTTO ROSATO A. S., *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

SICARDI S., *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2007, 501 ss.

SIRACUSANO F., *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2009, 621 ss.

STAMMATI S., *Riflessioni minime in tema di laicità (della comunità e dello Stato). Un colloquio con alcuni colleghi*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2008, 341 ss.

STELLA F., *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Giuffrè, 1985, 309 ss.

TRAVI A., *Riflessioni su laicità e pluralismo* in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2006, 375 ss.

TURCHI V., *Laicismo*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. XII, 2014.

VARNIER G. B., *Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'UE*, in *Studi Urbinati* (www.ojs.uniurb.it), 2014, 399 ss.

VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 1991, 699 ss.

VISCONTI C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2005, 1029 ss.

WINKLER M. - STRAZIO G., *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Mimesis, 2014.

WINKLER M. - STRAZIO G., *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il saggiatore, 2011.

RINGRAZIAMENTI

Giunto al termine di questo elaborato frutto di un lungo lavoro durato oltre un anno, desidero ringraziare quanti mi sono stati di aiuto.

Innanzitutto vorrei ringraziare il professor Alessandro Bondi che mi ha guidato in questo percorso, fornendomi preziosi consigli ed indicandomi le strade giuste: senza di lui questo lavoro non sarebbe nemmeno cominciato. Mi sento in dovere di ringraziare altresì il professor Canestrari, che con le sue opere sulla laicità è stato una costante fonte di ispirazione per l'intera tesi.

Non posso dimenticare poi tutti gli amici e i colleghi che si sono prestati ad aiutarmi con pareri e consigli, o anche solo con un supporto morale: Chiara B., David, Michael, Pietro, Mattia, Rocco, Susanna, Chiara S., Michele, Massimo, Tommaso, Marco, Andrea, Manuel, Giorgio e tutti gli amici scacchisti, e mi scuso con coloro che ho dimenticato.

Grazie anche a tutti i colleghi, i professori ed il personale dell'Università di Urbino che mi hanno permesso di vivere cinque splendidi anni accademici.

Infine desidero ringraziare i miei genitori e tutta la mia famiglia per il sostegno e l'aiuto che mi hanno dato.