



Lucia Risicato

(straordinario di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Messina)

Laicità e principi costituzionali *

SOMMARIO: 1. La deriva della laicità nella società post-secolare e le sue possibili conseguenze - 2. La definizione di "laicità" ed i suoi livelli di rilevanza. Suo radicamento costituzionale. La storica ambiguità dell'art. 7 Cost. - 3. *Segue:* le norme costituzionali fondanti il carattere laico del diritto penale moderno. Ricostruzione dei confini della tutela costituzionale della vita: primi profili di illegittimità della l. 40/2004.

1 - La deriva della laicità nella società post-secolare e le sue possibili conseguenze

Parlare di perdurante (o ingravescente?) crisi della laicità¹ potrebbe sembrare poco originale e, quanto meno in Italia, assai poco proficuo.

* Per gentile concessione dell'Editore G. Giappichelli, al quale va il vivo ringraziamento della Rivista, si pubblica la Sezione I dell'opera monografica di L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica* (collana "Itinerari di diritto penale" – Sezione Saggi, Giappichelli ed., Torino, 2008).

¹) Sul concetto di laicità e sulle sue complesse implicazioni storiche, politiche, filosofiche, culturali, sociali e giuridiche v. principalmente AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007; AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa e A. Scerbo, Torino, 2007; AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006; AA. VV., *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna, 2005; S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 3 e ss.; V. FERRONE – D. ROCHE, *L'Illuminismo nella cultura contemporanea*, Bari, 2002; G. GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005; J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006; E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2006; J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; L. LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 55 e ss.; V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007; G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 25 e ss.; U. SCARPELLI, *Bioetica*



La peculiare evoluzione storica del nostro Paese ci rende infatti più che mai vulnerabili ai rischi sottesi alla post-secolarizzazione teorizzata, tra gli altri, da Jürgen Habermas². La società post-secolare sorge con il

laica, a cura di M. Mori, Milano, 1998; Card. A. SCOLA, *Una nuova laicità. Temi per una società plurale*, Venezia, 2007; J. STUART MILL, *La libertà* (1859), in *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Milano, 1999; ID., *Saggi sulla religione* (1874), Milano, 1972; C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, 2006. Sul ruolo della laicità come principio basilare del diritto penale moderno v., tra gli altri (sia pure con orientamenti talora radicalmente eterogenei), S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 139 e ss.; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita* (l. 19 febbraio 2004, n. 40), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 e ss., ora in *Scritti per F. Stella*, II, Napoli, 2007, 1223 e ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 163 e ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 e ss.; ID., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 339 e ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991, 167 e ss.; M. B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 e ss.; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 259 e ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 e ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 e ss.; ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 e ss.; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, 310; 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 e ss.

² Il termine "società post-secolare" è stato coniato dal sociologo tedesco K. EDER (*Integration durch Kultur? Überlegungen zur Suche nach einer europäischer Identität*, in *Teoria sociologica*, n. 3/1994; cfr. anche AA.VV., *Postsecolarismo. Dieci interpretazioni a confronto*, Venezia, 2007). Il concetto è stato approfondito, a livello filosofico, da J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, n. 2, 239 e ss., e, diffusamente, *Tra scienza e fede*, cit., spec. p. 42 e ss.: «perché i laici si rendano conto di vivere in una società post-secolare, orientata anche epistemicamente sulla sopravvivenza delle comunità religiose, occorre un cambiamento di mentalità non meno impegnativo dell'adattamento della coscienza religiosa alle sfide di un ambiente che va sempre più laicizzandosi» (corsivo dell'Autore). Favorevole, in linea di principio, ad una rilevanza anche pubblica della religione è, tra i penalisti "laici", D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 60 e ss. Per ulteriori spunti di riflessione su società post-secolare e principio di laicità cfr. G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 341 e ss.



crollo dell'assetto ideologico-istituzionale successivo al secondo conflitto mondiale e si contraddistingue per il riconquistato ruolo pubblico delle comunità religiose, sia pure in un orizzonte secolarizzato e pluralista: una situazione, cioè, in cui sarebbe sostanzialmente – ma forse solo auspicabilmente – «venuto meno il *Kulturkampf* tra una mentalità laica militante e mentalità religiosa»³, sullo sfondo di un apparato istituzionale del tutto “neutrale”⁴.

Gli assetti sociali, culturali e politici connessi a tale fenomeno sono tuttavia estremamente delicati, se non addirittura pericolosamente precari. La ricerca di un equilibrio tra mentalità laica e mentalità religiosa, lungi dal tradursi nella «sfera pubblica polifonica» teorizzata da Habermas, sfocia sempre più spesso in forme serpeggianti di supremazia – quando non di espressa prevaricazione – delle ragioni religiose su quelle secolari⁵. L' “uso pubblico della ragione” caro a Rawls⁶ si trasforma, così, nel suo esatto contrario: nell'irragionevole

³) C. MANCINA, *Laicità e politica*, in AA.VV., *Laicità*, cit., 18.

⁴) J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., 164 e ss. Secondo l'Autore «lo Stato laico può assicurare imparzialmente la tolleranza solo se garantisce che nella sfera pubblica politica il pluralismo di visioni del mondo possa liberamente dispiegarsi – senza normative pregiudicanti il contenuto – sulla base del rispetto reciproco». L'illustre filosofo è fautore di una idea di laicità “pacata” (e per questo ben vista anche in ambienti cattolici: cfr. da ultimo Card. A. SCOLA, *Una nuova laicità*, cit., 16 e ss.) ma ferma, nel cui ambito l'assoluta neutralità dello Stato è premessa *indispensabile* per la realizzazione di un'interazione convincente tra laici e credenti. In tale prospettiva, ad esempio, l'eventuale inserimento di giustificazioni religiose nel processo legislativo lederebbe in modo grave il principio di laicità. Sul punto si tornerà meglio *infra*, §§ 4 e ss. Garbatamente critica nei confronti del modello moderato di laicità prospettato da Habermas - che presenterebbe il difetto genetico di adattarsi perfettamente solo alle religioni cristiane - è C. MANCINA, *Laicità e politica*, cit., 19 e ss.

⁵) Particolarmente interessanti, sotto questo punto di vista, le riflessioni di G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 27, secondo il quale nel nostro Paese si verificano due fenomeni sottilmente collegati. Da un lato «la povertà teologica della popolazione la porta ad affidarsi acriticamente ai ministri ufficiali della Chiesa, mentre dall'altro lato parecchi laici, che si dichiarano agnostici o atei, riconoscono agli uomini di Chiesa una competenza privilegiata sulle questioni etiche. La parola giusta per qualificare la situazione ora descritta in Italia dovrebbe essere “clericalismo”. Ma questo termine è vissuto come offensivo. Oggi nessuno vuol sentirsi dare del “clericale”, mentre tutti si dichiarano “laici” (“sani”, naturalmente, cioè non contaminati dal “laicismo”)».

⁶) J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; dello stesso Autore cfr. anche *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in ID., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, Milano, 2001. Il modello rawlsiano di laicità non è rigidamente neutralista né



prevalenza – culturale, politica e giuridica – di una comunità sull'altra, nella "dittatura della maggioranza" sui soggetti più "deboli" nel senso più ampio del termine. Il problema è di cruciale rilevanza, specie ove si considerino le implicazioni connesse al carattere (ormai irreversibilmente) multiculturale del tessuto sociale ed alla difficoltà di individuare ragioni comuni, e pacifiche, di convivenza tra diversi nel rispetto delle reciproche diversità⁷.

In siffatto contesto, è del tutto condivisibile l'affermazione secondo cui «la "crisi della laicità" di cui tanto si parla è in realtà una crisi – o una messa in discussione – della democrazia, dei suoi fondamenti etici e della sua capacità di produrre decisioni condivise»⁸.

Significativa, a proposito, è persino la tendenza a disintegrare la nozione stessa di "laicità", proponendo una serie di concetti correlati cui viene – non di rado a torto – attribuito un significato negativo. Si associa così la "laicità" al vituperato "relativismo"⁹ e, peggio ancora, si

strettamente esclusivo. Rawls non oppone ragioni *secolari* e ragioni *religiose*, ma ragioni *politiche* a ragioni "corali" derivanti da dottrine religiose, laiche ed economiche. L'Autore non cerca pertanto un equilibrio tra laicità e religioni, ma un diverso spazio di convivenza (*rectius*: di *tolleranza*) politica tra tutte le credenze, religiose o meno. Aderisce con convinzione al modello rawlsiano come modello di laicità concretamente praticabile (in contrapposizione alla draconiana laicità "alla francese") C. MANCINA, *Laicità e politica*, cit., 21 e ss.

⁷) Per un'avvincente indagine antropologica sul multiculturalismo v. M. AIME, *Eccessi di culture*, Torino, 2004. Sulle implicazioni tra multiculturalismo e diritto penale cfr. gli esaurienti contributi di A. BERNARDI (*Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 45 e ss.) e C. DE MAGLIE (*Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 3 e ss.; *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 215 e ss.).

⁸) C. MANCINA, *Laicità e politica*, in AA.VV., *Laicità*, cit., 16: «la democrazia ha, infatti, nella neutralità dello Stato e nel rispetto per tutte le credenze, religiose e non, un presupposto indispensabile. Potremmo spingerci più in là e sostenere, con Rawls, che la democrazia non si limita ad accettare il pluralismo delle credenze, ma lo richiede come condizione».

⁹) Una difesa del relativismo come principio cardine delle moderne democrazie (in antitesi con l'inquietante concetto di assolutismo) è condotta, da ultimo, da G. GIORELLO, *Relativismo*, in AA. VV., *Laicità*, cit., 230 e ss. Sul fondamento necessariamente relativistico dello Stato di diritto cfr. G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, *passim*, secondo il quale la democrazia non ha fedi e valori assoluti da difendere, ad eccezione di quelli sui quali essa stessa si basa. Critico nei riguardi della posizione di Zagrebelsky (che enfatizzerebbe l'idea che la democrazia



tenta di distinguere – non solo sul piano semantico – tra *laicità* e *laicismo*¹⁰, ovvero tra laicità “buona” e laicità “cattiva”¹¹. Il “laicista” starebbe, in un certo senso, al “laico” come il moralista alla morale, rappresentandone una degenerazione¹². Il *discrimen* tra laici “buoni” e

non presuppone alcuna particolare concezione del mondo e della verità) è D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 58 e s., ad avviso del quale, invece, il principio democratico e quello di laicità, in quanto principi *normativi*, abbisognano di una giustificazione sul piano normativo del dover essere.

¹⁰) Operano una disamina critica di questa coppia concettuale, tra gli altri, J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., 17 e ss. (che mette in guardia dalla generalizzazione di una visione laicistica del mondo), G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XXVI (contrario alla “mistificante” differenziazione tra laici “buoni” e “cattivi” ma non alla necessità di distinguere la laicità vera e propria dal laicismo) e D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 61. Quest’ultimo, in particolare, attribuisce una connotazione negativa, ma non sempre univoca, al lemma “laicista”, utilizzandolo tuttavia nell’accezione “basica” (e neutra) di “non religioso”. Secondo l’Autore il laicista, per un verso, evoca una concezione del mondo di tipo lucreziano e, per un altro, abbraccia una concezione della politica di tipo *liberal* (nel senso forte del termine: «un soggetto non accomodante, che si pone di fronte agli uomini di religione come “altro”, ma aperto al dialogo»).

¹¹) C. A. VIANO, *Laici in ginocchio*, cit., 17 e ss., cui si rinvia per un’interpretazione “fuori dal coro” dei rapporti tra laicità e laicismo. Col termine “laicità” si indicherebbe solo una *condizione*, mentre il termine “laicismo” farebbe riferimento alla *disposizione* di chi approva la separazione tra la sfera politica e la sfera religiosa pretendendo che il potere politico protegga i cittadini dall’ingerenza del clero.

¹²) Coglie bene questo profilo U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998, al quale si deve una delle più significative apologie del laicismo. “Laicismo” può infatti essere inteso in tre accezioni diverse. In un primo e importante senso, “laicismo” designa un atteggiamento e una dottrina politici secondo cui non compete allo Stato assumere come propria una determinata religione, imporla e farne propaganda, privilegiare i fedeli a danno dei fedeli di altre religioni o di chi non professi alcuna fede. Nel senso qui esaminato, il laicismo è l’esito di una grande tradizione volta alla tolleranza, alla pace religiosa, alla libertà di coscienza, alla fede genuina radicata non nel potere ma nella coscienza. In una seconda accezione, cui si ricollega il laicismo politico sopra accennato, “laicismo” è quella visione generale dell’uomo come essere dotato di intelletto e di volontà cara, tra gli altri, a Benedetto Croce. In un terzo senso, più pesante e pieno dei precedenti, il laicismo invece è la condizione del vivere in prospettive e secondo valori puramente umani e mondani, rinunciando, anche nella libertà della propria coscienza, a consolidarli e a controllarli secondo fattori trascendenti. Secondo Scarpelli è proprio questo laicismo a costituire il bersaglio della polemica anti-laica da alcuni anni così vivace nel nostro Paese: «al laicismo nel terzo senso si imputano tutti gli sviamenti e le perversioni della società contemporanea, dalle banalità del consumismo agli eccessi del permissivismo, dall’abuso delle droghe fino alla pratica sfrenata dell’aborto. La società dei nostri giorni confermerebbe che «se



“cattivi” sarebbe rappresentato (esclusivamente) dal forte anticlericalismo dei laicisti, che li renderebbe per ciò solo interlocutori inaffidabili a livello politico-istituzionale: minoranza non tutelabile, dunque, perché “intollerante”, incapace di prendere parte alla «sfera pubblica polifonica» per le stesse ragioni per cui i credenti – più o meno integralisti – ne fanno invece parte! Si tratta, com’è evidente, di una valutazione insidiosa e talora fuorviante. Come meglio vedremo tra breve¹³, ciò che distingue il *laico* dal *chierico* non è il suo (personale ed intangibile) livello di insofferenza alle gerarchie ecclesiastiche, ma la sua capacità di decidere – e di lasciar decidere – con piena libertà di coscienza: con piena *autonomia*, cioè, rispetto alle proprie personali convinzioni.

I riflessi del post-secolarismo sul mondo del diritto sono alquanto curiosi e non di rado inquietanti: si pensi all’ancor recente configurazione del crocifisso come “simbolo laico” da parte del Consiglio di Stato¹⁴, o alle difficoltà sorte in (e fuori dal) Parlamento intorno al mero tentativo di proporre una regolamentazione giuridica delle c.d. famiglie di fatto¹⁵. L’impressione è che i termini stessi del

non c’è un dio allora tutto è permesso»: dunque deve esserci un dio, e a lui bisogna ritornare». Il maestro laico del tempo, sembra allora non essere né Kant né Mill né Benedetto Croce, ma il Marchese de Sade. Il laicismo tuttavia «non può essere giudicato su Sade, più di quanto la religione possa essere giudicata sui suoi ipocriti e fanatici persecutori sino ai costruttori di roghi, almeno ideali»

¹³) *Infra*, § 2.

¹⁴) Il riferimento è alla discussa sentenza 13 febbraio 2006, n. 556 (in *Diritto e Giustizia*, n. 10/2006, 69), secondo la quale il simbolo del crocifisso, anche per i non credenti, esprimerebbe in forma sintetica valori civilmente rilevanti (tolleranza, rispetto dei diritti e delle libertà della persona, solidarietà, non discriminazione). Per i giudici di Palazzo Spada ne consegue che l’esposizione del simbolo religioso nelle aule scolastiche, in quanto propugnazione dei suddetti valori laici, non violerebbe il principio di laicità dello Stato (considerato, in ogni caso, come principio *fondamentale* del nostro ordinamento). Colpisce, nelle argomentazioni del Consiglio di Stato, l’appropriazione strumentale di un simbolo religioso a scopi politici. Sulla questione, cfr. M. AIME, *Eccessi di culture*, cit., 12 e ss.: si può anche sostenere, come taluno ha fatto (ben prima della pronuncia del Consiglio di Stato), che il Cristo in croce è una sorta di simbolo dell’identità nazionale, «ma questa affermazione è assolutamente contraria al significato universale, e quindi implicitamente transnazionale, trasmesso dal messaggio cristiano».

¹⁵) V., da ultimo, S. PROSDOCIMI, *Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 31 e ss., il quale evidenzia il problema dell’assetto attuale in Italia dei rapporti tra Stato e Chiesa, «a fronte di uno Stato divenuto estremamente fragile e di una Chiesa da tempo



dibattito istituzionale su temi “eticamente sensibili” siano impostati in modo errato. Il confronto non dovrebbe, infatti, basarsi su una contrapposizione – tendenziale o netta – tra “laici” e “non laici” (destinata peraltro a risolversi, nel presente momento storico, nella prevalenza numerica dei secondi sui primi), ma trovare proprio nel principio di laicità – formalmente espresso come “principio supremo” e “profilo” della nostra forma di Stato dalla nota sentenza costituzionale n. 203/1989¹⁶ – le chiavi della sua composizione.

Sul piano del diritto penale, la crisi della laicità si riflette oggi prevalentemente¹⁷ su due settori cruciali e correlati: la definizione dell’ambito di tutela dell’inizio della vita umana e quella – non meno problematica – della sua *fine*.

Sotto il primo profilo, è ormai assodato come la legge n. 40 del 2004 abbia determinato, nel nostro sistema, una paradossale asimmetria tra la tutela dell’*embrione* e quella del *nascituro*¹⁸: il ricorso

completamente svincolata ed emancipata dai controlli e dalle ingerenze del potere politico».

¹⁶) Corte cost., sentenza 11/4/1989, n. 203, in www.giurcost.org. Secondo la sentenza *de qua*, «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».

¹⁷) Ma non certo esclusivamente. Si pensi al settore dei delitti in materia di religione, su cui vedi, fra gli altri, P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, cit., 83 e ss. («il diritto penale “laico” dovrebbe essere neutrale rispetto a ogni visione del mondo, religiosa o non, così come realmente tollerante rispetto a comportamenti che si esauriscono nel mero spregio di contenuti ideologico-religiosi, quale che sia la dignità socio-culturale di questi ultimi»), e, di recente, C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell’età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, cit., 1029 e ss. Sui rapporti tra principio di laicità e libertà religiosa v. poi, da ultimo, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., 493 e ss.

¹⁸) Per uno sguardo d’insieme alla l. 40/2004, cfr. da ultimo le accurate ricognizioni di A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 570 e ss., e di G. LOSAPPIO, voce *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2^a ed., Padova, 2007, 2051 e ss.

La più acuta disamina critica della l. 40 del 2004 si deve ad E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 e ss. Fortemente scettico sulle opzioni di tutela sottese alla l. 40/2004 è anche S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 416 e ss. Particolarmente significative, a riguardo, le riflessioni di G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 343: «quanto al merito contenutistico, è



all'interruzione volontaria della gravidanza è ora assai più semplice di quello alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, quando non si presenti addirittura come unica (drammatica) soluzione praticabile nel caso in cui il feto generato mediante fecondazione assistita presenti malattie o gravi malformazioni, pur agevolmente prevenibili tramite quella diagnosi pre-impianto ora faticosamente consentita – non in modo esplicito dal testo della legge ma dalle nuove linee guida, e solo grazie all'intervento fortemente correttivo della giurisprudenza di merito e del TAR del Lazio – nell'intento, qui impropriamente evocato, di scongiurare pratiche eugenetiche¹⁹. La tutela, anche penale, dell'embrione è blindata sotto ogni aspetto: dalla selezione (quella sì,

pressoché scontato...obiettare che il legislatore italiano ha finito con l'avallare una concezione della meritevolezza di tutela dell'embrione eccessivamente sbilanciata a favore della prospettiva etico-religiosa di matrice cattolica: mentre è stata elusa l'esigenza di realizzare un equilibrato bilanciamento con altri beni o interessi di centrale rilevanza, come la salute della donna o l'interesse alla sperimentazione sugli embrioni a fini terapeutici». Tenta una poco convincente (e forse non pienamente convinta) difesa parziale dei principi ispiratori della l. 40/2004, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 505 e ss.

¹⁹) V. la recentissima sentenza del TAR Lazio, Sez. III Quater, del 21.1.2008, n. 398 (in *Quotidiano giuridico Ipsos* del 29.1.2008). Tale pronunzia ha appunto annullato la parte delle linee guida della l. 40/2004 relativa al divieto di diagnosi pre-impianto, ritenendola in contrasto con quanto previsto a riguardo dalla stessa legge 40. Sulla questione, di recente, A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. pen.*, 2005, 347. Cfr. anche R. VILLANI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica preimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium Iuris*, 2007, 127 e ss., in merito alla discutibile ordinanza della Corte Cost. n. 369/2006 su cui meglio si tornerà *infra*, §§ 4 e ss. Per una parziale e ragionata riabilitazione dell'eugenetica v. S. BERTEA, *Eugenetica*, in AA. VV., *Questioni di vita o di morte*, cit., 93 e ss. (cui si rinvia per un interessante *excursus* storico-politico sull'evoluzione dell'eugenetica dal 1883 – data ufficiale della nascita del termine in esame – ad oggi). Secondo lo Studioso non è possibile fornire un'unica risposta al problema della legittimità morale dell'eugenetica, essendo piuttosto necessario identificare – ed analizzare in modo specifico – le singole forme di intervento "eugenetico". Sotto questo particolare angolo prospettico, la valutazione etica degli interventi eugenetici sulle cellule germinali a fini non terapeutici differisce radicalmente da quella delle operazioni sulle cellule somatiche che si rivelano indispensabili per curare determinate patologie (diversamente non curabili). L'equiparazione delle une alle altre equivale a non cogliere importanti differenze e, così, a fornire risposte non soltanto semplicistiche ma anche inadeguate a problemi complessi.



eugenetica) degli aspiranti genitori²⁰ al divieto di crioconservazione, dal ragionevole divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni sino a quello – assai meno comprensibile – di soppressione embrionaria “selettiva” in caso di gravidanze a rischio, lesivo del diritto alla salute della madre *ex art. 32 Cost.*²¹, e di utilizzo a fini di ricerca dei c.d. embrioni soprannumerari, gravemente lesivo della libertà costituzionale di sperimentazione scientifica.

La ragione di siffatta discrasia è chiaramente da rintracciare nel diverso “grado di laicità” che permea la *ratio* ispiratrice della l. 194/1978 rispetto a quella della l. 40/2004. Spia, invero poco rassicurante, del bassissimo “indice di laicità” della legge n. 40 è, d’altro canto, la stessa intitolazione delle norme in questione: dettando la regolamentazione della *procreazione* medicalmente assistita, il legislatore del 2004 ha preferito senza esitazioni il termine teologico “procreazione” rispetto ai lemmi scientifici “riproduzione” o “fecondazione”²², tradendo con ciò solo le anomale interferenze tra Stato e Chiesa²³ che hanno caratterizzato la genesi del testo normativo e la scarsa attenzione della

²⁰) La ristretta cerchia di soggetti legittimati al laborioso ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita comporta attualmente l’esclusione dei *single*, delle coppie omosessuali e dei genitori non conviventi e non viventi. Sia, a riguardo, consentito il rinvio a L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 682 e ss.

²¹) G. FIANDACA, *Scelte di tutela*, cit., 344: «proprio sotto il profilo del bilanciamento si assiste ad un sensibile arretramento rispetto ai principi elaborati in precedenza dalla giurisprudenza costituzionale nell’ottica di una valutazione comparativa tra i beni in gioco. Alludiamo alla sentenza 27/1975 della Corte costituzionale in tema di aborto, la quale aveva affermato «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare». Si consideri che questi principi hanno una valenza tanto maggiore, in quanto si riferiscono più direttamente al “feto”, cioè ad un embrione già impiantato nel corpo della donna e che si trova in uno stadio molto avanzato di sviluppo: se ne deduce, dunque, che l’esigenza di accordare maggiore peso alla tutela della salute della madre varrebbe tanto più rispetto ad embrioni negli stadi iniziali e non ancora impiantati».

²²) Così, esattamente, M. MORI, *Fecondazione assistita*, in AA.VV., *Laicità*, cit., 165: «anche solo questo aspetto è rivelatore della forte dipendenza del testo di legge dall’impostazione teologica e della sua scarsa laicità».

²³) Esclude che la Chiesa (cattolica) possa avere un evidente ruolo politico (o, per contro, che esista una certa politica “asservita” alla Chiesa) L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana*, cit., 175: «ci sarebbe d’aver maggiormente timore della religione asservita al potere (o *ai poteri*) nel chiuso dei suoi luoghi di culto, e non vale la pena averne nostalgia: essa sola può essere *oppio dei popoli*» (corsivo dell’Autore).



trama legislativa rispetto alle esigenze di una vera «sfera pubblica polifonica».

Le possibili conseguenze di una tutela irragionevolmente asimmetrica dell'inizio della vita umana risentono anch'esse del "grado di laicità" con cui il legislatore prossimo venturo saprà coniare i testi normativi: come meglio vedremo in seguito²⁴, una tutela "laica" della vita umana, coerente con le indicazioni provenienti dalla Carta costituzionale, suggerisce un netto ridimensionamento dei confini della tutela (anche) penale dell'embrione, specie nelle ipotesi di conflitto con l'indisponibile salvaguardia della salute della madre. Diversamente, l'opzione di una tutela "non laica" della vita umana rischia di rimettere prima o poi in discussione la normativa sull'interruzione volontaria della gravidanza²⁵, con tutto ciò che tale decisione comporterebbe.

Sul diverso, delicatissimo versante dell'individuazione di un "diritto di morire"²⁶ non incompatibile con il dettato costituzionale, si

²⁴) *Infra*, § 8.

²⁵) G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 344: «non v'è dubbio che il sovvertimento dei termini del bilanciamento realizzato dalla l. 40/2004 introduce nel nostro ordinamento una contraddizione, che finisce col mettere oggettivamente (cioè anche a prescindere dalle intenzioni soggettive delle forze politiche) a repentaglio l'attuale legittimità della disciplina dell'aborto». Partendo da una prospettiva ideologica radicalmente antitetica, evidenzia da ultimo la distonia tra legge sulla procreazione assistita e normativa in materia di interruzione della gravidanza, specie sotto il profilo del divieto di diagnosi pre-impianto previsto dalla l. 40. M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 511 (per il quale comunque la legge sull'aborto ha rappresentato a suo tempo, e continua a rappresentare, per il mondo cattolico, il *vulnus* più doloroso che l'ordinamento ha sino ad oggi avallato). Sulla l. 194/1978 v., per tutti, T. PADOVANI, voce *Procreazione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 969 e ss.

²⁶) In merito al quale v., da ultimo, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 e ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 e ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, 539 e ss. In generale cfr., tra gli altri, AA.VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992; F. GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403 e ss.; ID., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 e ss.; G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova, 1982; G. GRASSO, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Quad. giust.*, 1986, 60 e ss.; G. IADECOLA, *"Diritto di morire" e potestà medica di curare*, in *Cass. pen.*, 1997, 3661; ID., *Eutanasia. Problematiche giuridiche e medico-legali*, Padova, 1991; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001; D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità*



verifica invece una situazione per certi versi diametralmente opposta a quella connessa alla tutela penale dell'inizio della vita. Con la legge n. 40 del 2004 il legislatore è intervenuto per regolamentare, in senso drasticamente restrittivo, un settore "anarchico", nel cui ambito venivano autorevolmente lamentate "mostruosità" intollerabili²⁷ sullo sfondo di un codice penale comunque palesemente inadeguato a fronteggiare abusi su forme di vita *in fieri*; in riferimento al problema della "buona morte" o alla connessa questione dell'accanimento terapeutico su soggetti in stato vegetativo permanente o affetti da patologie terminali, il legislatore – timoroso – si ostina, nonostante accurate sollecitazioni di matrice culturale e sociale quanto meno

delle persone, Bari – Roma, 1995; V. PATALANO, *Manipolazioni genetiche, aborto ed eutanasia*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, 83 e ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 1 e ss.; ID., voce *Diritto a rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 22 e ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, 213 e ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 506; P. RESCIGNO, *Il testamento biologico*, in AA. VV., *La questione dei trapianti tra etica, diritto e biologia*, a cura di S. Fagioli, Milano, 1997, 67 e ss.; S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Bari – Roma, 1993, 421; ID., *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in AA.VV., *Bioetica*, a cura di A. Di Meo e C. Mancina, Bari, 1989, 41 e ss.; C. ROXIN, *Sul consenso presumibile*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 154 e ss.; A. SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in AA. VV., *Medicina e diritto*, a cura di M. Barni – A. Santosuosso, Milano, 1995, 23 e ss.; ID., *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in AA. VV., *Medicina e diritto*, cit., 95 e ss.; ID., *Valutazione medica e autonomia del paziente: accanimento terapeutico e eutanasia*, in AA. VV., *Medicina e diritto*, cit., 167 e ss.; U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, a cura di M. Mori, Milano, 1998; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 e ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007 e ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Indice pen.*, 2000, 479 e ss.; F. TABANELLI, *Eutanasia passiva ed attiva: opportunità di una riconsiderazione delle disposizioni del codice penale in materia*, in *Crit. pen.*, 1989, 48 e ss.; A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 185 e ss.; G. VOLPE, *Per una dimensione umana della morte nella medicina e nel diritto*, in *Giust. pen.*, 1993, 154 e ss.

La questione sarà meglio trattata *infra*, §§ 4 e ss.

²⁷) V., tra gli altri, F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, in *Indice pen.*, 1990, 416 e ss., e L. EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1052 e ss.



eterogenea, a *non* intervenire²⁸ su una trama normativa – quella del codice Rocco – del tutto inadeguata a garantire una tutela dell'*esistenza* umana sganciata dal dato meramente biologico della *vita*²⁹. Come a dire che la tutela penale della vita, in base alle norme attualmente vigenti, inizia dall'aggregazione delle cellule e termina ineluttabilmente con la morte cerebrale dell'organismo³⁰: un'area che comprende tanto la zona grigia delle esistenze solo *potenziali*, ancora prive di tutto ciò che rende uomo un essere vivente, quanto quella delle esistenze ormai *virtuali*, di chi versi, cioè, nel limbo immobile di un sonno senza ritorno. È legittimo, a questo punto, domandarsi se una protezione così ampia e pignola della vita biologica sia realmente il modo migliore per realizzare quella tutela della *dignità umana* che, in una significativa serie di varianti, viene individuata come bene giuridico di riferimento tanto

²⁸) Cfr. le acute riflessioni di M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 202 e ss., sui pericoli connessi alla creazione – o al mantenimento – di “spazi liberi dal diritto”, su cui v. meglio *infra*, §§ 4 e ss.

²⁹) La profonda diversità tra *vita* ed *esistenza* è ben illustrata da G. BONIOLO, *Vita e morte*, in AA.VV., *Laicità*, cit., 152 e ss.: «il livello della descrizione scientifica non comporta problemi né intorno a ciò che è vivo, né intorno a ciò che è umano. I problemi cominciano non appena si considera la controparte assiologica, ossia quando si passa a porsi il problema di cosa abbia valore e di quale sia il valore che ha. “Vita” non basta per sciogliere tutte le questioni; abbiamo bisogno di un altro termine, questa volta designante anche una particolare situazione extra-biologica che riguarda il valore che possiamo essere disposti ad attribuire a certe specie biologiche viventi o a un certo periodo della vita di certe specie. Ecco allora il termine “esistenza”: chiamiamo esistenza l'intera vita di una specie biologica, o un periodo di tale vita, o la vita di alcuni membri della specie in questione, cui è stato attribuito valore. (...). È l'esistenza, allora, di un essere vivente che possiede valore, non la sua vita; quest'ultima concerne solo una descrizione scientifica, in particolare biologica, di una certa situazione. Mentre la vita, come intesa, è libera da valore, l'esistenza comporta che vi sia un soggetto che, ricorrendo alle sue credenze filosofiche, religiose, ideologiche, etc., che sono sempre storicamente contestualizzate, conferisca un valore speciale a quel particolare tipo di vita, o a quel particolare periodo della vita, o a quella particolare popolazione di viventi» (corsivo nostro).

³⁰) In base all'art. 1 l. 578/1993, contenente *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, la morte *giuridica* si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In merito al processo di graduale normativizzazione di elementi di fattispecie – quali la vita e la morte – ritenuti tradizionalmente “descrittivi”, sia consentito il rinvio a L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, *passim*.



nella materia della procreazione assistita che in quella – sinora misconosciuta – del “diritto di morire”³¹.

Tanto basta per riflettere seriamente, ancora una volta, sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica. Prima di analizzare l’influenza dell’approccio “laico” nell’individuazione dei confini estremi della tutela penale della vita, è però indispensabile chiarire quale sia la nozione di “laicità” più coerente con le indicazioni provenienti dalla Costituzione repubblicana, e quali le disposizioni costituzionali decisive per la nostra indagine.

2 - La definizione di “laicità” ed i suoi livelli di rilevanza. Suo radicamento costituzionale. La storica ambiguità dell’art. 7 Cost.

Il concetto di laicità è, di per sé, suscettibile di chiavi di lettura diverse. Esse contribuiscono, nel loro insieme, a trasformare la laicità in un *carattere* del nostro sistema giuridico-penale³²: in un principio basilare per la sussistenza di uno Stato democratico e pluralista, fondato sulla “neutralità” dell’apparato statale nel contesto di un dialogo “aperto” tra le diverse componenti istituzionali del tessuto sociale³³. Solo la laicità

³¹) M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 508, ritiene invece che il “dilemma” dell’embrione, come il dramma della fase terminale dell’esistenza ed i rischi connessi ad una, eventualmente riconosciuta, totale disponibilità della propria vita non possano essere risolti con un appello al principio di laicità, «a meno di intendere la laicità come avallo di una libertà priva di confini». Sulla questione si tornerà meglio *infra*, §§ 5 e ss.

³²) Definisce la laicità *carattere* ineludibile (e non *principio autonomo*) del diritto penale S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 166. Del tutto singolare, invece, è l’accezione di “laicità” adottata da L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., 165: «se qualcosa ha senso, per l’uomo e secondo Dio, sono la vita e l’uomo che hanno senso. Anche l’accesso a Dio non passa per le semplificazioni di fideismi disincarnati, ma attraverso la fatica del confronto nazionale con la realtà, *che è quanto dire con la laicità*» (corsivo nostro). Non si comprende bene né se laico sia ciò che è reale, a fronte di una (ben più ampia ed autentica) prospettiva trascendentale, né se la laicità sia...lo strumento per arrivare a Dio.

³³) G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., 168: è “laica” una società che ammette una pluralità di visioni della vita e di concezioni morali. Secondo G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 45, «la laicità è la promozione di una condotta privata e pubblica rispettosa delle libertà dei singoli e attenta al bene pubblico (o bene comune), per il cui raggiungimento non ritiene di dover ricorrere a imperativi attribuiti putativamente a



garantisce l'esistenza di una scala di valori comuni alla «sfera pubblica polifonica»: comuni perché *indipendenti* rispetto alle convinzioni personali di coloro che la compongono. Sotto questo particolare profilo, è pertinente definire la laicità come *autonomia*³⁴, mentre appare riduttivo qualificarla in termini di mera *aconfessionalità* o *mondanità*³⁵.

La laicità ha un riflesso, per così dire, generale, ed uno prettamente individuale. A livello storico-sociale, la laicità è il motore del processo di secolarizzazione³⁶ della società e dell'ordinamento giuridico³⁷: come tale, essa permea la progressiva emancipazione del diritto³⁸ (soprattutto penale³⁹) da sfere di influenza di tipo religioso o etico⁴⁰.

Dio o a concezioni della natura umana che sono scientificamente insostenibili o fortemente controverse».

³⁴) Così S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale*, cit., 139: laicità è autonomia rispetto ai valori afferenti alle varie concezioni morali o religiose diffuse nella società. Definisce, da ultimo, la laicità come neutralità dello Stato nei confronti delle religioni e delle rappresentazioni del mondo M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., 494.

³⁵) Sempre S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale*, cit., 140: intesa come mondanità, la laicità implica l'orientamento del diritto penale a valori mondani, temporali e "terreni". Il diritto penale non può castigare costumi immorali, né tanto meno orientare opzioni culturali individuali o collettive.

³⁶) V. ancora G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., 168: il termine secolarizzazione «indica, a livello macro-sociale, un processo di laicizzazione della società nel senso di progressivo declino del ruolo pubblico delle religioni sotto forma di controllo sociale. Questo processo di "dissacrazione" o "disincantamento" religioso è direttamente proporzionale al progressivo diffondersi, nelle società occidentali moderne, di una cultura razionale ed empirica: cioè di una cultura che rifiuta l'idea di una verità assoluta e definitiva, e ricerca viceversa la verità attraverso l'esame critico e il libero confronto tra concezioni diverse e contrapposte».

³⁷) In tal senso cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit., 477 e ss., e M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, cit., 1384 e ss. L'Autrice evidenzia come il termine "laicità" sia di uso corrente quasi esclusivamente nei paesi di lingua latina, mentre non trova un equivalente nel linguaggio politico anglosassone né in quello dei paesi d'oltralpe (nei quali, significativamente, il termine "laicità" può essere tradotto con il lemma *Säkularisierung*, corrispondente appunto al nostro "secolarizzazione").

³⁸) C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, cit., 34: «originariamente la secolarizzazione era stata un processo giuridico, che toglieva qualsiasi privilegio legale ai beni materiali della Chiesa, mettendoli sotto il controllo dell'autorità politica. La cosa era avvenuta nei paesi protestanti dopo la Riforma e in quelli cattolici con la Rivoluzione francese. Durante l'Ottocento il termine "secolarizzazione" aveva acquisito un significato più



A livello individuale, invece, la laicità può essere intesa:

- a) come *status* sociale;
- b) come atteggiamento intellettuale⁴¹.

Nell'accezione *sub a)*, coerentemente con la sua genesi etimologica e storica⁴², la *laicità* identifica tuttora la condizione del credente che non appartiene né al clero, né alle istituzioni religiose.

ampio, giungendo a indicare la sottrazione di settori sempre più ampi della vita privata e pubblica al controllo delle autorità ecclesiastiche».

³⁹⁾ Importanti cenni ai pregi del diritto penale secolarizzato sono presenti in C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 381.

⁴⁰⁾ V., in particolare, l'attenta analisi storico-critica di M. ROMANO, *Secolarizzazione*, cit., 488 e ss., sui riflessi della secolarizzazione nell'ambito del diritto penale. Da ultimo, è D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 65, a rilevare che, in un orizzonte secolarizzato, il diritto penale si legittima come tutela della convivenza di uguali libertà e del pluralismo di culture.

⁴¹⁾ Questa duplice qualificazione dei livelli "individuali" di rilevanza della laicità si deve a G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XVIII.

⁴²⁾ Per un'indagine etimologica e storica sul termine "laico" cfr., in particolare, G. BONIOLO, *loc. ult. cit.*, e C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, cit., 18 e ss. La parola greca *λαός* significava genericamente "popolo". Nella traduzione greca della Bibbia essa veniva impiegata per indicare il popolo in opposizione ai sacerdoti e ai leviti, detentori del potere religioso e politico. L'aggettivo *λαϊκός* significava, di conseguenza, "ciò che non è consacrato". Gradualmente il popolo, escluso dal potere religioso, si è guadagnato uno spazio "fuori dal tempio" (quindi *λαϊκός*), in concomitanza col declino del culto centralizzato del tempio e con la qualificazione della sinagoga come sede di religiosità diffusa, meno vincolata alla fedeltà letterale ai Testi sacri. In questo, che era l'ambiente proprio dei farisei, si collocavano il profetismo popolare ed il cristianesimo. Nel cristianesimo la contrapposizione tra "popolo" e "sacerdozio" ricomparve, tanto che nel codice giustiniano si distingueva tra chi è *λαϊκός* e chi è *κληρικός*: tale termine deriva da *κληρος*, che significa "ciò che è assegnato", e nelle comunità cristiane si riferiva alle persone che esercitano un ministero.

Nel Nuovo Testamento la parola *λαός* aveva, oltre a quello originario, anche un altro senso, etnico e religioso: "popolo" erano gli ebrei contrapposti ai gentili e i cristiani contrapposti ai pagani: gli uni e gli altri erano popoli speciali, poiché gli ebrei erano il popolo di Dio ed i cristiani si consideravano, per contro, il popolo dei salvati, destinati al futuro regno divino.

Il termine greco *λαϊκός* fu infatti usato da San Pietro per indicare tutti coloro che avevano ricevuto il battesimo. Questa identificazione del "laico" con il "battezzato" fu ridimensionata da Clemente I (fine I sec.) e Tertulliano (II e III sec.), i quali con "laici" indicarono quei battezzati che non erano né chierici (ossia non appartenevano al clero), né religiosi (ovvero non appartenevano ad un qualche istituto religioso). È da allora che per la cristianità, in particolare per quella cattolica romana, il laico è il credente che non appartiene ad alcun ordine o istituto religioso e la laicità è l'indicazione del suo stato.



Nell'accezione *sub b)*, che più ci interessa, la laicità si identifica invece con l'atteggiamento di chi abbia – ed auspicabilmente lasci ad altri – libertà di *coscienza*: ovvero libertà di *credenza*, di *conoscenza* e di *critica*. La libertà di *credenza* implica la capacità di far sì che ognuno creda in ciò che vuole, senza nessuna preclusione. Questa libertà ha anch'essa un riflesso individuale, rappresentato dalla possibilità di avere o non avere certe credenze, ed un riflesso di portata generale. La sfera pubblica della libertà di credenza dovrebbe essere caratterizzata dal *rispetto* verso qualsiasi credenza, religiosa o meno, ma specialmente dal *silenzio* verso le credenze: la credenza, anche se professata in pubblico, non deve, cioè, essere un affare pubblico né influenzare in alcun modo la «cosa pubblica»⁴³. Parte significativa di questa libertà – che rivendica peraltro contenuti assai più ampi – è alla base dell'art. 19 della Carta costituzionale⁴⁴, il quale sancisce il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma. Beninteso, appare come un'evidente violazione della libertà di credenza sia l'imposizione statale di vietare la libertà di credo o le sue manifestazioni esteriori, sia per contro l'espressa relazione privilegiata dello Stato verso una confessione religiosa: sotto questo punto di vista l'art. 7 Cost.⁴⁵, definendo la Chiesa cattolica come entità "indipendente e sovrana" rispetto allo Stato⁴⁶ ed indicando i Patti Lateranensi⁴⁷ come

⁴³) Così, acutamente, G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XX.

⁴⁴) V., per tutti, F. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 19 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 238 e ss.

⁴⁵) Sull'art. 7 Cost. v. F. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 7 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 321 e ss.

⁴⁶) F. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 7 Cost.*, cit., 325, ricorda come la disposizione dettata dal primo comma dell'articolo in esame non abbia incontrato ostacoli durante i lavori della Costituente: «proposta ed approvata, negli stessi termini ora ricordati, nel corso della seduta del 18 dicembre 1946 dalla I Sottocommissione per la Costituzione, non subì alcuna modifica nell'ulteriore elaborazione della Carta. Formatasi una larga maggioranza, restarono prive di eco le critiche mosse da parte dei giuristi di formazione laica, i quali rilevavano che la disposizione stessa produceva una norma fuor di luogo in un testo costituzionale e, semmai, comprensibile in un trattato internazionale, in cui due potestà riconoscono la reciproca indipendenza e sovranità, e che, in tanto avrebbe avuto senso giuridico, in quanto fosse esistita una norma, superiore allo Stato e alla Chiesa, che delimitasse la sfera dell'ordinamento dell'uno e dell'altra». Cfr. ampiamente anche p. 338 e ss., in merito al problema della c.d. delimitazione delle competenze tra l'ordine dello Stato e l'ordine della Chiesa.

⁴⁷) Sull'anomalia della costituzionalizzazione dei Patti Lateranensi v. già A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia dal Risorgimento ad oggi*, Torino, 1955, 436 e ss. e, da



fonte dei rapporti tra i due ordinamenti⁴⁸, si presta tuttora a forti margini di ambiguità, appena temperati dai successivi artt. 8 e 20⁴⁹.

La libertà di *conoscenza*⁵⁰ comporta sia la possibilità di accedere a tutti i tipi di conoscenza disponibili, sia la possibilità di *creare* nuova conoscenza, attraverso il libero esercizio della ricerca e della sperimentazione scientifica⁵¹: si tratta di un altro principio fondante la Costituzione repubblicana, sancito nella maniera più ampia dall'art. 33 Cost.⁵² Tornando brevemente – almeno per il momento⁵³ – alla materia della procreazione assistita, risulta chiaro che violano la libertà di *conoscenza* tanto la scelta del legislatore del 2004 di precludere il ricorso a tecniche fecondative non rischiose e già collaudate (come la c.d. fecondazione eterologa) o a strumenti diagnostici di sicura efficacia (come la diagnosi pre-impianto), sia quella di vietare *in radice* la

ultimo, S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 3 e ss. V. anche C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, cit., 14 e ss., il quale afferma che i Patti Lateranensi sono stati un potente strumento di legittimazione del regime fascista, dopo che questo aveva messo fuori gioco ogni forma di legittimazione autenticamente politica.

⁴⁸) Si rinvia sempre a F. FINOCCHIARO, *Commento*, cit., 342 e ss., per una ricognizione critica della – in verità tormentosa – qualificazione dei Patti Lateranensi come fonte di rango implicitamente costituzionale.

⁴⁹) V. da ultimo C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, cit., 15, secondo il quale l'art. 7 è una vera «mostruosità costituzionale» per il cui tramite è stata legittimata una sovranità religiosa parallela a quella politica, in contrasto con la libertà religiosa garantita dalla stessa Costituzione.

⁵⁰) G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XXII: «se la credenza comporta sempre un passo a-razionale, talvolta addirittura irrazionale, nei confronti di ciò in cui si crede, la conoscenza è qualcosa di diverso. Con un motto classico, si può affermare che la *conoscenza è la credenza giustificata razionalmente*» (corsivo dell'Autore).

⁵¹) Di altro avviso è, ancora una volta, L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., 166, secondo il quale «di certo non possiamo modificare di una virgola le regole che presiedono ai fenomeni naturali: possiamo solo comprenderle, e questo è il compito della scienza; come pure possiamo utilizzarle e anche adoperarci per intervenire sui fenomeni naturali che giudichiamo patologici, e questo non è più ambito della scienza».

⁵²) Un interessante inquadramento critico della libertà di arte e di scienza nella più ampia categoria della libertà di pensiero (senza il limite esplicito del buon costume previsto, in generale, dall'art. 21 Cost.) è operato, tra gli altri, da S. CASSESE, *Commento all'art. 33 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 227 e ss.

⁵³) *Infra*, §§ 6 e ss.



possibilità di creare nuova conoscenza attraverso lo studio delle cellule staminali embrionali.

Strettamente legata alle libertà di conoscenza e di credenza è, infine, la libertà di *critica*. In riferimento alla libertà di conoscenza, la libertà di critica diventa libertà di sottoporre a revisione le conoscenze acquisite mediante procedimenti razionali. In rapporto, invece, alla libertà di credenza, l'ultima sfaccettatura della libertà di coscienza si traduce in un'opzione di rilievo decisivo nell'attuale momento storico: nella possibilità di valutare criticamente le conseguenze sociali, economiche e politiche cui conduce l'adesione a una credenza, e quindi in un atteggiamento anti-dogmatico ed anti-fondamentalista. È l'atteggiamento di colui che riconosce che nessuna credenza, nessun valore, nessuna conoscenza possono essere giustificati razionalmente come assolutamente veri⁵⁴: in questa prospettiva, *relativismo* diventa *antitesi di integralismo*, tornando ad acquisire una connotazione positiva. A livello costituzionale, la libertà di critica è parte integrante della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*⁵⁵, ed ogni sua restrizione può essere giustificata solo in caso di patente conflitto con altro diritto fondamentale di pari rilievo⁵⁶.

La natura laica del diritto penale emerge poi da altre disposizioni costituzionali, cui sarà ora specificamente rivolta la nostra attenzione.

3 - Segue: le norme costituzionali fondanti il carattere laico del diritto penale moderno. Ricostruzione dei confini della tutela costituzionale della vita: primi profili di illegittimità della l. 40/2004

Il carattere laico del diritto penale moderno⁵⁷ è delineato con nitidezza dagli artt. 2, 3, 13, 25, 27 e 32 Cost., che esprimono – tra gli

⁵⁴) Così G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XXV.

⁵⁵) Un'esauriente disamina critica di tutti i profili connessi alla libertà di manifestazione del pensiero è effettuata, in tempi recenti, da A. PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006 (cfr., in particolare, p. 37 e ss. per la qualificazione della libertà di manifestazione del pensiero come diritto inviolabile ed insopprimibile).

⁵⁶) Cfr., da ultimo, le vivaci riflessioni critiche di P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: "nuove" incriminazioni e "nuove" soluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 2007, 9 e ss. (dell'estratto).

⁵⁷) Sul punto, v. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 142 e ss.



altri – i principi cardine di *uguaglianza, materialità, offensività, legalità, colpevolezza, finalismo rieducativo della pena e autodeterminazione responsabile*⁵⁸. Entro il perimetro di queste disposizioni costituzionali dovremo verificare se esistano – e, se sì, quali siano – limiti invalicabili alla tutela della vita.

L'art. 2 Cost.⁵⁹, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, richiede per contro l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Pare subito evidente come la materia dei doveri di solidarietà sociale possa, in astratto, interferire con la tutela della vita, specie in riferimento all'obbligo del medico di impiantare (ovvero: di fornire una *chance* di vita a) tutti gli embrioni prodotti attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita o, per contro, di non interrompere terapie di sostegno vitale a pazienti in fase terminale. Tuttavia, è l'art. 32, II comma⁶⁰, della Carta costituzionale a risolvere ogni eventuale indugio in proposito: «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può, in nessun caso, violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁶¹. Nessun trattamento sanitario può dunque essere imposto in virtù di (quanto meno ambigui) obblighi giuridici di salvaguardia della tutela della vita dell'embrione o del paziente in fin di vita: non esiste, di conseguenza, un obbligo costituzionalmente vincolante di vivere – o di far vivere – *per forza*.

⁵⁸) Per un'incisiva panoramica dei principi fondanti la materia penale v., per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, 103 e ss.

⁵⁹) Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 50 e ss.

⁶⁰) Il diritto a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà è implicitamente riconosciuto, a livello internazionale, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, adottata in seno al Consiglio d'Europa («un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato»), nonché dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata ...»). Cfr., sul punto, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5 e ss.

⁶¹) Si vedano, da ultimo, le attente riflessioni di A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, cit., 540. Una più ampia riflessione sulla portata dell'art. 32, comma 2°, Cost. è svolta da D. VINCENZI AMATO, *Commento all'art. 32, 2° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 167 e ss., cui si rinvia.



Nel conflitto tra la salute della madre e l'aspettativa di vita dell'embrione, vale ancora – nonostante l'impianto della legge 40/2004 faccia pensare il contrario – quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 27/1975, secondo la quale «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁶². Nel conflitto tra il dovere del medico di salvaguardare la vita del malato e la volontà del malato incurabile – lucidamente ed univocamente manifestata – di rifiutare ogni terapia, medica o di mero sostegno vitale, non v'è dubbio che debba prevalere la volontà del malato⁶³. L'art. 32, II comma, Cost., sancendo il limite invalicabile del rispetto della persona umana, attribuisce rilievo decisivo al principio di *autodeterminazione responsabile*⁶⁴.

L'art. 32, II comma, Cost. merita un'ultima importante riflessione. Tale disposizione, attraverso il riferimento alla *persona umana*, sembra rifarsi alla dicotomia tra *vita* ed *esistenza* prima richiamata⁶⁵. "Persona umana" è appunto l'insieme degli attributi che rendono uomo un essere vivente, dando precipuo valore alla vita ed alla sua qualità.

L'art. 3 Cost., sancendo la pari dignità sociale e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁶⁶, esclude in radice la creazione di statuti "privilegiati" a favore di singoli individui o classi di persone. Beninteso, la realizzazione concreta di tale principio è spesso assai delicata e non priva di apparenti paradossi, ben potendo configurarsi una ricorrente antinomia tra diritti di gruppo e diritti individuali. Non deve stupire, allora, che l'uguaglianza possa realizzarsi attraverso il riconoscimento della pari dignità di situazioni giuridiche eterogenee, allorquando tale

⁶²) Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, in www.giurcost.org, su cui v. anche *supra*, nt. 21.

⁶³) V. però *infra*, § 4.2., per quel che riguarda la paradossale coesistenza, recentemente ribadita a seguito del caso Welby, tra il diritto del paziente a rifiutare le cure ed il dovere del sanitario di curare.

⁶⁴) Cfr., tra gli altri, S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 e ss.

⁶⁵) *Supra*, § 1.

⁶⁶) V. A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, comma 1, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, cit., 123 e ss. Ribadisce, da ultimo, il collegamento inscindibile tra principio di laicità ed art. 3 Cost. S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 12 e ss.



strumento sia l'unico in grado di assicurare la tutela delle minoranze⁶⁷: proprio a questo si riferisce il secondo comma dell'art. 3, affermando l'obbligo statale di rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»⁶⁸.

Sotto questo angolo prospettico, i differenti statuti giuridici dell'embrione e del feto, delineati rispettivamente dalla l. 40/2004 e dalla l. 194/1978, suscitano immediatamente forti perplessità. Certa è, nel caso specifico, la violazione del principio di uguaglianza formale di cui al primo comma dell'art. 3 Cost.; ma, a ben vedere, ancora più vistosa è nel caso di specie la violazione del principio di uguaglianza sostanziale delineato dal secondo comma della disposizione *de qua*: valutando la relazione esistente tra le due forme di vita *in fieri*, contraddistinte da stadi di sviluppo assai diversi, scegliere di attribuire una tutela più intensa all'embrione piuttosto che al nascituro per – e pur di – difendere il (controverso) principio della «dignità della procreazione umana»⁶⁹ appare atto contrario alla logica prima ancora che al diritto, persino dall'angolo prospettico di chi (partendo, è il caso di dire, *ab ovo*) ritenga che l'(unico?) elemento su cui poggia il principio

⁶⁷) J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., 192: è necessario verificare «se l'affermazione dei diritti culturali per i membri di gruppi discriminati, come pure l'introduzione di diritti sociali, faccia seguito a un'evoluzione giuridica governata dal principio dell'uguaglianza tra i cittadini dello Stato. La giustificazione dei diritti culturali spiega un'inquietante concorrenza tra i diritti di gruppo e quelli individuali, che però produce la paradossale parvenza di una conversione dialettica dell'uguaglianza in oppressione. Nella più recente giurisprudenza delle nazioni occidentali incontriamo parecchi casi di correzione degli effetti asimmetrici e non imponibili di leggi generali. Ai Sikh viene permesso di portare il turbante in motocicletta e il loro pugnale rituale in pubblico; le donne e le scolare musulmane possono portare il velo a scuola o nel posto di lavoro; i macellai ebrei possono macellare il bestiame e i volatili secondo il metodo *kosher*, e così via (...). Non si tratta di una misteriosa "conversione dell'universale nel particolare", bensì di un banale caso di preminenza di un diritto fondamentale su singole leggi o prescrizioni di sicurezza».

⁶⁸) Sulla valenza del principio di uguaglianza sostanziale cfr. U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, comma 2, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 162 e ss.

⁶⁹) È L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Legisl. pen.*, 2005, 357 e ss., a parlare espressamente di "dignità della procreazione umana" come oggetto della tutela giuridica della l. 40/2004. Su tale discutibile assunto v. più approfonditamente *infra*, § 6.



di uguaglianza sia *l'esistenza in vita*⁷⁰. A conclusioni non dissimili si giunge qualora si consideri il sistematico sacrificio dei diritti della madre rispetto a quelli dell'embrione operato dalla l. 40/2004.

In realtà, ben più numerosi sono i profili di contrasto tra questa legge e l'art. 3 Cost. Basti pensare, per il momento⁷¹, al dato della selezione rigorosa (o privilegiata?) degli aspiranti genitori⁷² e a quello, indotto, della c.d. "migrazione procreativa". Qualificare la fecondazione assistita come pratica medica significa ricondurre il suo esercizio nell'ambito del più generale diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* Ma, così operando, non si comprende la ragione per cui i *single* – per tacere degli altri "esclusi" dalla legge 40 – non possano ricorrere in Italia a terapie mediche accettate e praticate in tutto il mondo. L'ultima discriminazione, non meno odiosa, è di tipo economico: come preconizzato sin dai primi commenti, la legge sulla procreazione medicalmente assistita ha determinato un preoccupante fenomeno di "migrazione procreativa", certo destinato ad incidere – come una sorta di "cifra nera" – sui già desolanti dati statistici⁷³ relativi al successo delle pratiche procreative blindate dalla legge 40. La via, sempre più ricorrente, delle fughe all'estero alla ricerca di statuti della fertilità meno draconiani e di cliniche più "evolute" comporta un'intollerabile discriminazione economica tra coppie abbienti, in grado di affrontare i costi di una trasferta all'estero per realizzare la loro aspettativa di paternità, e coppie meno abbienti, "condannate" a subire le conseguenze della legge n. 40⁷⁴.

⁷⁰) Così L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana*, cit., 175: «la democrazia richiede...di dare fondamento all'idea di uguaglianza, e ciò può avvenire solo ancorando la dignità umana a ciò che *obiettivamente* accomuna gli esseri umani, al di là del giudizio che altri esprima circa le condizioni esistenziali di un dato individuo».

⁷¹) *Infra*, §§ 6 e ss.

⁷²) L'art. 31, comma II, Cost., tutela espressamente *la maternità*. Ora, alla luce del principio di uguaglianza, non si vede la ragione per cui l'aspettativa di maternità dei *single* sia discriminata rispetto a quella delle coppie. Il bilanciamento di interessi verte evidentemente, in questo caso, tra la tutela della *famiglia* e quella della *persona umana* nell'esplicazione dei suoi diritti fondamentali. La questione sarà ripresa e approfondita *infra*, § 6.

⁷³) *Infra*, nt. 158.

⁷⁴) Dal 2004 ad oggi il turismo procreativo si è addirittura quadruplicato. I "viaggi della speranza" alla ricerca del figlio sono passati dai 1020 del 2003 ai 4200 del 2006 (dati riportati da S. RODOTÀ, *Procreazione, la legge scaduta*, su *Repubblica* del 18 luglio 2007).



Sotto l'opposto versante del "diritto di morire", negare al malato terminale il diritto di chiedere l'interruzione delle terapie di sostegno vitale significa discriminare immotivatamente la sua posizione giuridica rispetto a quella di qualsiasi paziente che, essendo pienamente capace di autodeterminarsi, rifiuti cure mediche pure ritenute indispensabili per la tutela della sua salute⁷⁵.

In base ai principi di *materialità* e di *offensività*, desumibili sia dall'art. 25, II comma («nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del *fatto commesso*»)⁷⁶ che dal quadro complessivo degli artt. 13⁷⁷, 27 commi I⁷⁸ e III⁷⁹, Cost., il magistero penale non può che essere "laico". Bandito (tendenzialmente) ogni residuo di *versari in re illicita*⁸⁰, l'illecito penale deve rivolgersi ad un fatto che incida, danneggiandoli, su beni giuridici e non può (più) individuare ipotesi di colpevolezza per la condotta di vita, né sanzioni sproporzionate alla gravità del reato commesso: non potrebbe, d'altronde, avere nessuna finalità rieducativa una pena inflitta in misura del tutto eccentrica rispetto all'entità del fatto compiuto o, peggio, una pena inflitta per una condotta solo remotamente lesiva di

⁷⁵ Si pensi, ad esempio, ai Testimoni di Geova qualora rifiutino, per motivi religiosi, di sottoporre *se stessi* (nel caso in cui rifiutino indebitamente le cure ai figli minori entra in gioco l'art. 40 cpv. c.p.: cfr., per tutti, Corte Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, II, 27, con nota di G. FIANDACA) a trasfusioni di sangue, pur sapendo che il rifiuto di tale terapia potrebbe causare o accelerare la morte.

⁷⁶ Cfr. G. DE VERO, *Corso*, cit., 115 e ss. e, da ultimo, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2008, 59 e ss.

⁷⁷ V., per tutti, G. AMATO, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1977, 1 e ss.

⁷⁸ Per tutti, A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 I comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991, 1.

⁷⁹ V., in generale, G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 III comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, cit., 222 e ss.

⁸⁰ L'art. 27, comma I, Cost., contempla in primo luogo il principio di *personalità della responsabilità penale* e non ancora quello di colpevolezza *stricto sensu* (frutto di una significativa evoluzione della dottrina e della più recente giurisprudenza costituzionale: cfr. G. DE VERO, *Corso*, cit., 159 e ss., per una ricognizione critica delle diverse accezioni della norma costituzionale *de qua*). Sotto questo punto di vista, è pienamente condivisibile la riflessione di A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma I Cost.*, cit., 1 e ss., secondo cui l'espressione "la responsabilità penale è personale" risulta, a prima vista, di desolante laconicità.



interessi di portata generica ed ambivalente⁸¹. Proprio recependo i principi della tradizione politica liberale di matrice illuministica il diritto penale si è sganciato da *religio* ed *ethos*, secolarizzandosi⁸².

Negli ultimi decenni la teoria del bene giuridico⁸³ ha contribuito in modo determinante a consolidare questo processo, fornendo parametri oggettivi – pur se non privi di elementi di equivocità – per individuare il catalogo degli oggetti di tutela recepibili nel sistema penale vigente⁸⁴. Assai significative, sotto questo punto di vista, sono le vicende evolutive della tutela penale della religione⁸⁵, dei delitti contro l'integrità della stirpe e di quelli contro la morale sessuale⁸⁶: il nucleo delle condotte incriminabili, sotto la guida sapiente della Corte costituzionale, è andato progressivamente assottigliandosi nel segno dell'obsolescenza dei macro-interessi di derivazione etica o religiosa. La laicizzazione del diritto penale recente ha di fatto potenziato la tutela dei diritti della persona, sganciandola da paradigmi pubblicistici facilmente manipolabili dal punto di vista politico ed ideologico.

⁸¹) Sul finalismo rieducativo della pena, come naturale sviluppo e prosecuzione sul piano della prevenzione speciale di un'accezione costituzionalmente orientata dell'idea di prevenzione generale positiva, v., di recente, le riflessioni di G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 445 e ss.; ID., *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1015 e ss.

⁸²) Si vedano, per tutti, G. FIANDACA, *Laicità e diritto penale*, cit., 170, e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, 203, in ordine alla laicizzazione del diritto e della morale come matrice del moderno Stato di diritto.

⁸³) V., tra gli altri, G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., 170 e ss.

⁸⁴) Cfr., in generale, AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, in merito all'incidenza del principio di offensività nella determinazione del volto attuale degli illeciti penali.

⁸⁵) V. ancora G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., 180 e ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit., 489 e ss. e, per riferimenti più ampi, P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, cit., *passim*.

⁸⁶) G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., 185 e ss.; ID., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, *passim*; per un accurato *excursus* storico sull'evoluzione dei delitti contro la libertà sessuale nei codici preunitari e nel codice Zanardelli, nell'ottica della (invero faticosa) trasposizione di questi illeciti dai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume a quelli contro la libertà della persona v. T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1301 e ss.



Il diritto penale post-secolarizzato segna però, sotto questo punto di vista, un pericoloso passo indietro. Prova ne siano, ancora una volta, la struttura e la *ratio* di tutela della legge n. 40 del 2004: beni giuridici come quello della “naturalità della procreazione”⁸⁷ e della “dignità della procreazione umana”⁸⁸ sono difficilmente suscettibili di coerente definizione alla stregua della teoria del bene giuridico e rischiano di tradursi in contenitori vuoti, poliedricamente interpretabili alla stregua di opzioni politico-criminali per nulla “laiche”⁸⁹.

⁸⁷) Particolarmente rilevanti, sotto questo punto di vista, le considerazioni filosofiche di J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2001, 106 e ss. Lo Studioso si interroga sulle possibili conseguenze del «venir meno del confine tra la natura che *noi siamo* e la dotazione organica che *noi ci diamo*», paventando il rischio che una genetica fondata su regole di mercato metta in discussione i presupposti antropologici della “autocomprensione” della nostra identità di esseri umani. Altra questione è, ovviamente, per il penalista stabilire se l’autocomprensione della nostra identità antropologica possa essere considerata un bene giuridico meritevole di tutela alla stregua del quadro costituzionale vigente: cfr. G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 342.

⁸⁸) L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, cit., 357.

⁸⁹) Sulla questione, v. le decisive riflessioni di G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 343, che saranno meglio approfondite *infra*, § 5.