

Stato e diritto penale minimo

di Morris L. Ghezzi*



Sommario: § 1. – Lo Stato e la sua ombra. § 2. – Limiti del potere statale. § 3. – Nichilismo. § 4. – Limiti del diritto penale. § 5. – Schematico abbozzo di alcune depenalizzazioni dell'ordinamento giuridico italiano. § 6. – Diritto di autotutela e di risarcimento del danno.

Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande dei briganti che cosa sono se non dei piccoli Stati? È pur sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, è vincolato da un patto sociale e il bottino si divide secondo la legge della convenzione. Se la banda malvagia aumenta con l'aggiungersi di uomini perversi tanto che possiede territori, stabilisce residenze, occupa città, sottomette popoli, assume più apertamente il nome di Stato che gli è accordato ormai nella realtà dei fatti non dalla diminuzione dell'ambizione di possedere ma da una maggiore sicurezza nell'impunità. Con finezza e verità a un tempo rispose in questo senso ad Alessandro il Grande un pirata catturato. Il re gli chiese che idea gli era venuta in testa per infestare il mare. E quegli con franca spavalderia: «La stessa che a te per infestare il mondo intero; ma io sono considerato un pirata perché lo faccio con un piccolo naviglio, tu un condottiero perché lo fai con una grande flotta».

Sant'Agostino, *De civitate Dei*

§ 1. – Lo Stato e la sua ombra

Lo Stato si presenta come un aggregato istituzionalizzato di individui umani, che rispondono spontaneamente o forzatamente ad un comune potere centrale. Consenso, acquiescenza o timore della violenza sono, dunque, i caratteri condizionanti l'ottemperanza al potere. Conseguentemente, per comprendere il fenomeno dell'ottemperanza alle disposizioni dello Stato si tratta di capire chi o cosa e come dia

* Università Statale di Milano.

vita a tale potere centrale, nonché chi debba ad esso obbedire. Infatti, qualsiasi potere cessa di essere tale se il suo destinatario, costi quel che costi, si rifiuta di obbedire. In sintesi, si tratta di individuare quel particolare processo, in parte sociologico e, in altra parte, psicologico, che in termini giuridici passa sotto la denominazione di fonte di legittimità del potere statale.

In un sistema democratico costituzionale di tipo occidentale non vi è dubbio che il modello di legittimazione si ispiri all'istituto giuridico del contratto. Tra l'ente statale ed i suoi cittadini (contratto politico), ma prima ancora tra i cittadini stessi (contratto sociale), si instaura un rapporto sinallagmatico, che conduce all'alienazione, dal lato dei cittadini, di una parte, più o meno consistente, delle proprie libertà in favore della Stato e, dal lato dello Stato, all'assunzione di responsabilità (garanzie di benessere economico, di sicurezza sociale e fisica, di eguaglianza di fronte alla legge, di libertà nel rispetto delle eguali libertà altrui, etc.) nei confronti dei cittadini, attraverso un impossessamento *super partes* dell'esercizio monopolistico del comando e della forza. Gioele Solari fornisce una precisa definizione di contratto:

«Il contratto sembra implicare l'intervento del volere umano a interrompere il corso naturale delle cose per instaurare un ordine umano regolato non più dalla legge di natura, ma dalla legge della libertà. Esso sembra postulare la realtà dell'individuo, l'esistenza di diritti originari, la capacità di disporre per creare con atto cosciente una nuova realtà nella quale l'individuo, con o senza condizioni, si inserisce»¹.

Il contratto si realizza, sempre nelle democrazie occidentali, con il supporto di una rappresentanza popolare, la quale opera attraverso un sistema decisionale maggioritario, che viene rinnovato periodicamente grazie ad un modello elettorale più o meno esteso. Si deve ora capire la natura del contratto sociale, che diede origine allo Stato, se sia sufficiente a sottoscriverlo originariamente una maggioranza di cittadini o sia necessaria l'unanimità di tutti, un'unanimità logicamente necessaria anche per istituire come vincolante il medesimo principio maggioritario, ed, in fine, se lo Stato si presenti effettivamente, sociologicamente, come un ente *super partes* e non piuttosto come l'espressione di solo alcuni gruppi di cittadini o, addirittura, come la manifestazione autonoma di se stesso, delle proprie logiche e dei propri interessi.

Nella tradizionale analisi marxista lo Stato si manifesta come espressione di un ben determinato gruppo sociale (classe borghese o capitalista)². Tale analisi è stata profondamente vulnerata, ma non del tutto falsificata, dall'introduzione del sistema elettorale a suffragio uni-

¹ G. SOLARI, *La filosofia politica. Da Campanella a Rousseau*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 1974, 198.

² Cfr. Z. BAUMAN, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Roma, Editori Riuniti, 1971.

versale, sistema che garantisce, almeno in linea teorica, la rappresentanza politica di tutte le componenti sociali. Tuttavia, sebbene tuttora non sia completamente da escludere il controllo, quantomeno parziale, dello Stato da parte di oligarchie economiche, finanziarie o politiche, il fenomeno che oggi appare maggiormente rilevante è l'autonomizzazione burocratica dello Stato stesso. Lo Stato sembra, infatti, essere prevalentemente governato da logiche originarie, autonome, sue proprie; ossia pare assumere una propria identità separata dall'insieme dei suoi cittadini e guidata secondo interessi non coincidenti neppure con la maggioranza della popolazione. L'ente Stato sembra ormai avere assunto una personalità individuale, che opera attraverso le proprie procedure amministrative, animate da gruppi sociali di burocrati al servizio di tali procedure. Appare immediatamente evidente che gli interessi dello Stato non solo risultano inequivocabilmente separati, non più coincidenti con quelli dei propri cittadini, ma addirittura molto spesso confliggono con questi ultimi.

Dunque, lo Stato sembra non poter essere *super partes*, non tanto perché al servizio di un qualche gruppo sociale, quanto piuttosto perché portatore di interessi suoi propri, che prescindono e superano gli interessi dei gruppi sociali e dei singoli cittadini, che lo compongono. Si tratta di una entità sociale, che ha assunto una propria individualità personale, con proprie logiche e propri interessi, e che si confronta sul piano internazionale con altri soggetti a lui simili.

Per quanto riguarda, poi, la natura del contratto sociale (più propriamente si dovrebbe parlare di contratto politico), che si presuppone all'origine ed al sorgere dello Stato, pare subito necessario scartare, sebbene abbia avuto un immeritato e probabilmente opportunistico, per il potere costituito, successo storico, la posizione di Jean-Jacques Rousseau, secondo la quale il contratto sarebbe retto da una *volontà generale*, tanto astratta, improbabile e fantomatica quanto il contratto sociale/politico, che da essa si presuppone derivato³. Il contratto sociale/politico, che si pone a fondamento dello Stato, non può avere una dimensione meramente metafisica, ma deve rispondere a precisi contenuti di empiricità e di consenso materialmente prestato dai singoli individui umani (cittadini), che lo sottoscrivono. Infatti, sebbene esso origini, nella tradizione a noi giunta dal XVII secolo, come una sorta di duplicazione, ora integrativa ed ora sostitutiva di Dio, ossia assoluto ed etico, tale falsa credenza, prima, e finzione, poi, non ha più motivo di sussistere, di sopravvivere nell'attuale mondo disincantato.

In questa prospettiva è interessante rifarsi alla posizione di Pierre-Joseph Proudhon: «Il contratto sociale deve essere liberamente deciso,

³ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1966.

individualmente accettato, firmato *manu propria* da tutti coloro i quali vi partecipano. Se la discussione fosse impedita, troncata, elusa; se il consenso fosse estorto con l'inganno; se la firma fosse apposta in bianco, oppure ad occhi chiusi, senza la lettura degli articoli e senza alcuna spiegazione preliminare; o se addirittura, come per il giuramento militare, essa fosse pregiudicata e forzata, il contratto sociale non sarebbe altro allora che una cospirazione contro la libertà e il benessere degli individui più ignoranti, deboli e numerosi, una spogliazione sistematica contro la quale ogni mezzo di resistenza e anche di rappresaglia potrebbe divenire un diritto e un dovere»⁴.

Il contratto che legittima lo Stato deve godere di una sua concreta esistenza storica, che si manifesta nella condivisione, da parte dei cittadini, di una carta costitutiva del contratto stesso (Carta Costituzionale e leggi successive?), nonché, da parte dello Stato, nel rispetto degli impegni assunti in quella sede. Ciò comporta, come corollario, che il contratto può impegnare solo i suoi sottoscrittori, pertanto non solo deve essere rinnovato periodicamente di generazione in generazione, ma non può neppure obbligare le eventuali minoranze, che non lo avessero sottoscritto e non avessero neppure accolto precedentemente all'unanimità il principio maggioritario, come criterio di scelta nelle deliberazioni collettive. La tematica era ben nota anche a Thomas Jefferson, che il 6 settembre 1789 scriveva a James Madison: «La costituzione e le leggi dei loro predecessori scompaiono, nel loro corso naturale, insieme a coloro la cui volontà diede loro vita. Tale volontà poteva conservare la loro vita solo fino a quando esisteva e non oltre. Ogni costituzione, quindi, ed ogni legge, giunge a scadenza naturale al termine dei 19 anni. Se venisse imposta più a lungo, diventerebbe un atto di forza e non più di diritto»⁵.

⁴ J. PROUDHON, *Critica della proprietà e dello stato*, Milano, Elùthera, 2009, 175. «Il contratto sociale appartiene per essenza al contratto commutativo: non soltanto lascia libero il contraente, ma accresce la sua libertà; non soltanto lascia intatti i suoi beni, ma fa aumentare la sua proprietà; non prescrive nulla al suo lavoro; si basa esclusivamente sui suoi scambi: tutti elementi, questi, che non si trovano nel contratto di associazione, anzi sono in contraddizione con esso», *ibidem*, 176. Cfr. anche J. PROUDHON, *Du principe fédératif*, Roma, Bonacci, 1988 e M. ALBERTINI, *Proudhon*, Firenze, Vallecchi, 1974.

⁵ TH. JEFFERSON, *La terra appartiene ai viventi*, Milano-Udine, Mimesis, 2015, 62. «Su una base del genere, sarebbe possibile dimostrare come nessuna società possa avere una costituzione perpetua, e neppure una legge perpetua»: *ivi*, 61. In una lettera del 12 luglio 1816 a Samuel Kercheval, Th. Jefferson ribadisce la medesima tesi: «E infine, organizziamoci perché la nostra carta costituzionale sia sottoposta a revisione a periodi stabiliti. Quali debbano essere questi periodi, li indica la natura stessa. In base alle statistiche europee della mortalità, la maggioranza degli adulti viventi in un momento dato sarà morta nello spazio di circa diciannove anni. Alla fine di tale periodo, quindi, una nuova generazione si è sostituita a loro. Ciascuna generazione è altrettanto indipendente da quella che la precede, quanto questa lo era da tutto quello che era esistito in passato. Come le altre, essa ha, quindi, il diritto di scegliere la forma di governo che ritiene più idonea al conseguimento della propria felicità; di adattare, pertanto, alle circostanze che le sono proprie quella che ha ricevuto dai suoi predecessori; ed è per la pace ed il bene dell'umanità, che la Costituzione dovrebbe offri-

Ovviamente il contratto sociale/politico potrebbe non essere sottoscritto da tutti gli appartenenti al contesto socio-politico e in conseguenza di ciò potrebbero formarsi gruppi extrastatali autonomi non vincolati all'ordinamento giuridico statale. Inoltre potrebbe anche essere possibile revocare il proprio consenso al patto, quanto meno per inadempienza contrattuale da parte dello Stato, ed andare in tale modo ad ingrossare le schiere dei gruppi extrastatali. Il recesso, naturalmente, non potrebbe che essere prerogativa dei soli cittadini, poiché mentre lo Stato, sebbene sia una entità personale, non può esistere senza i suoi cittadini ed, anzi, è proprio frutto della loro volontà, i cittadini possono continuare a vivere anche senza lo Stato. Lo Stato, infatti, possiede una propria volontà solo dopo che i cittadini hanno parzialmente alienato tra loro e nei confronti dello Stato la propria. Ciò comporta che non può avere senso il recesso dello Stato dal contratto sociale/politico, nei confronti di pochi o molti cittadini, poiché tale eventuale recesso minerebbe alla radice l'esistenza stessa dello Stato.

Conseguenza necessaria della natura reale, storica, sociologica ed empirica del contratto sociale è la responsabilità, che si crea in capo allo Stato in caso di inadempienza. Responsabilità, che non necessariamente deve produrre recessi, ed ancor meno annullabilità e nullità, contrattuali, ma sicuramente genera in capo ai cittadini un diritto al risarcimento del danno subito. Non è, infatti, possibile dimenticare la parità delle parti contraenti nel contratto sociale/politico e la sinallagmaticità delle prestazioni corrispettive dello stesso. Lo Stato non può porsi su un livello, su un piedestallo di privilegio superiore a quello dei suoi singoli cittadini. Ogni cittadino deve poter interagire con lo Stato con modalità giuridiche perfettamente paritarie. Purtroppo i privilegi statali si leggono anche nelle piccole cose; infatti, si pensi, a mero titolo d'esempio, ai termini giudiziari, che per cittadini ed avvocati sono

re questa opportunità ogni diciannove o vent'anni, di modo che essa possa venir trasmessa, con periodiche modificazioni, di generazione in generazione, sino alla fine dei tempi, se pure qualcosa di umano possa durare così a lungo»: *ivi*, 129. Come corollario di quanto sopra affermato risulta evidente che i figli non sono tenuti a pagare i debiti dei padri: «Allora, io dico che la terra appartiene a ciascuna di queste generazioni per la durata della sua esistenza, completamente e legalmente. La seconda generazione la riceve libera dai debiti e vincoli della prima, la terza dalla seconda, e così via. Perché, se la prima potesse caricarla con un debito, allora la terra apparterrebbe alla generazione scomparsa, e non a quella vivente. Quindi, nessuna generazione può contrarre debiti più grandi di quelli che è in grado di pagare durante il corso della propria esistenza»: Th. JEFFERSON, *Lettera a James Madison*, in *op. cit.*, 58. Il concetto pare significativamente attuale alla luce del contenzioso in essere tra Unione Europea e Grecia. Per altro quest'ultima aveva già le idee chiare in proposito sin dal 594 a. C., anno in cui Solone introdusse la legge detta seisachtheia (σεισάχθεια), scuotimento dei pesi, secondo la quale si abolirono, con effetto retroattivo, come ricorda Aristotele, i debiti contratti e, conseguentemente, fu cancellata anche la servitù per debiti. «Il profilo della storia ateniese come conflitto che rischia non di rado di scivolare nella guerra civile deve incominciare con uno sguardo lungo. Dal conflitto sociale esasperato che Solone nel 594/3 disinnescò con la *σεισάχθεια*, e la svalutazione della moneta (che tagliava alla radice la massa stessa dei debiti)»: L. CANFORA, *Il mondo di Atene*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 59-60.

quasi sempre *perentori*, mentre per lo Stato e per i magistrati divengono semplicemente *ordinatori*. Fenomeno che si ripete continuamente in quasi ogni scadenza nei rapporti pubblici. Gli esempi si potrebbero moltiplicare, ma basti ricordare il ruolo istituzionale di un ente dall'ironico nome, quale è Equitalia, che prevede il recupero crediti dello Stato nei confronti dei cittadini, ma non viceversa; del resto cosa ci si può aspettare da uno Stato, come l'Italia, che cerca addirittura di eludere le stesse condanne giudiziarie di risarcimento a favore dei propri cittadini? (Cfr. sentenza n. 70 del 30 aprile 2015 della Corte Costituzionale, che dichiara l'incostituzionalità della legge Fornero, nella parte che blocca l'adeguamento al costo della vita delle pensioni, e gli squalidi equilibrismi pubblici per non pagare a tutti il dovuto. Cfr. anche la precedente sentenza della Corte di Giustizia europea del 14 settembre 2006, che condannò l'Italia a restituire ai soggetti interessati il credito IVA, loro non riconosciuto sulla base dell'illegittimità del regime italiano di detraibilità dell'IVA, e la farraginoso procedura burocratica prevista dallo Stato per consentire il recupero da parte dei cittadini del credito loro dovuto⁶). Più in generale, appare frutto di una tradizione poco democratica la presenza di un diritto amministrativo, sostitutivo del diritto civile, in taluni rapporti tra cittadini e Stato ed, ancora peggio, l'uso del diritto penale a tutela dello Stato, in presenza di violazioni di natura civilistica, regolamentare, procedurale od amministrativa, intendendo quest'ultimo termine nel senso delle disposizioni organizzative imposte dallo Stato. Tale uso si presenta come un vero e proprio abuso, frutto di arrogante affermazione di supremazia⁷.

In breve, lo Stato dovrebbe operare come un partner al servizio dei cittadini, non viceversa. La sua funzione scaturisce da un accordo di sudditanza dei cittadini tra loro, che convengono di alienare parte delle proprie libertà individuali in favore dello Stato, il quale, dunque, a sua volta diviene controparte contrattuale dei cittadini. Ovviamente, come in ogni contratto degno di tale nome, le parti devono essere poste su un piano di parità giuridica e deve essere previsto il diritto di recesso per inadempienza.

⁶ Cfr. M.L. GHEZZI, *Le ceneri del diritto. La dissoluzione dello Stato democratico in Italia*, Milano, Mimesis, 2007, 36-39.

⁷ «Egli [Spinoza] sa quanto infido e precario sia un contratto, la cui osservanza dipende dal beneplacito del più forte, cioè, naturalmente, dallo Stato. Egli cerca la ragion del limite nella nozione stessa del diritto: se questo è essenzialmente forza, potere, possibilità di costringere, la sua estensione è misurata dalla sua stessa potenza. Tutto lo Stato può fare, salvo agire contro se stesso, superando i limiti delle sue possibilità di vita e di sviluppo. [...] Perciò nella lotta tra lo Stato irrazionalmente oppressore e l'individuo, che lotta per la causa dell'umanità in sé e negli altri, la vittoria per Spinoza non è dubbia: essa è riservata a chi lotta per la verità e la giustizia». G. SOLARI, *La filosofia politica*, cit., 247-248.

§ 2. – Limiti del potere statale

Lo Stato, nell'organizzare i rapporti sociali attraverso il diritto, deve prendere atto del pluralismo valoriale attualmente esistente; ossia della grande disomogeneità che caratterizza le società postindustriali contemporanee. Dunque, si tratta di consentire la convivenza, su basi egualitarie, di una molteplicità di gruppi e di soggetti individuali, caratterizzati da profonde diversità di cultura, di tradizioni e di credenze politiche e religiose.

Il concetto di *tolleranza*⁸, inteso come predisposizione all'ascolto di qualsiasi posizione, non pare bastare a livello statale come elemento di convivenza pacifica se non anche di coesione sociale. A questo livello è necessario prevedere una modalità organizzativa del molteplice, oltre all'elemento etico della disponibilità verso il diverso. L'ordinamento giuridico, in quanto strumento organizzativo dello Stato, dovrebbe manifestare un evidente carattere di neutralità o di laicità⁹; ossia non dovrebbe sposare sul piano teorico nessuna ideologia politica o credenza religiosa, al fine di consentire un libero giuoco di concorrenza democratica fra le idee.

«Il principio di neutralità impone allo Stato di non favorire [...] alcuna delle dottrine morali, religiose e filosofiche professate dai suoi cittadini, e richiede di individuare principi politici, validi per la sola sfera politica e perciò *sradicati* dalle varie dottrine, che quanti si trovano a dover convivere nella medesima società e sotto le medesime leggi dovranno comunque condividere e rispettare, pur rimanendo più o meno profondamente divisi sul piano delle credenze personali»¹⁰.

All'atteggiamento teorico deve, tuttavia, sommarsi anche un comportamento pratico, consistente nell'evitare l'introduzione nell'ordinamento giuridico di provvedimenti legislativi in favore di una qualsiasi parte sociale, salvo quelle finalizzate a riequilibrare le disegualianze ed a porre su un piano di potenziali pari opportunità tutti i cittadini: provvedimenti, dunque, esclusivamente egualitari di fronte alla legge e perequativi a livello socio-economico.

⁸ Cfr. M.L. GHEZZI, *La distinzione tra fatti e valori nel pensiero di Norberto Bobbio*, Ginevra, Thémis, 2005.

⁹ La distinzione che Corrado Del Bo pone tra neutralità e laicità dello Stato non pare in questo contesto significativamente rilevante, poiché tende a limitare la differenza all'ambito religioso, mentre uno stato minimo deve presentarsi astensionista in quasi ogni campo sociale (C. DEL BO, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa, ETS, 2014, 135-153). Ben più interessante è consultare i molti testi sulla laicità, tra i quali vedere di G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma, Laterza, 2010; *Contro l'etica della verità*, Roma, Laterza, 2008; *La virtù del dubbio*, Roma, Laterza, 2007. Inoltre di G. GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano, Cortina, 2005.

¹⁰ C. DEL BO, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, cit., 135.

Lo Stato diviene così un ambito libero entro il quale ciascuno può manifestare le proprie convinzioni e realizzare i propri scopi, con l'unico limite di non impedire la manifestazione delle idee e la realizzazione degli scopi altrui.

«Scopo di questo saggio [di J.S. Mill, *Sulla libertà* n.d.r.] è formulare un principio molto semplice che regoli i rapporti di coartazione e di controllo tra società e individui, sia che venga impiegata la forza fisica sotto forma di sanzioni legali, sia che venga impiegata la pressione morale della pubblica opinione. Questo principio è il seguente: l'unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l'autoprotezione; l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente all'interferenza»¹¹.

Uno Stato astensionista, in sintesi, che non persegue i suoi propri interessi, ma che garantisce esclusivamente gli interessi dei suoi cittadini, come singoli e come gruppi. Uno Stato minimo, che fornisce prevalentemente sicurezza prima di ogni altro servizio. Uno Stato neutrale, che non promuove la propria supremazia etica e politica, ma favorisce la libera espressione dei molteplici individui e gruppi sociali, che lo compongono.

Le considerazioni sopra espresse dovrebbero rafforzare l'idea di precisi limiti all'uso statale del diritto penale; limiti che dovrebbero essere propri di qualsiasi Stato, ma che si impongono come ineludibili nello Stato minimo, appena ricordato. Tali limiti possono essere riassunti nei seguenti tre principi:

- a) La collocazione sullo stesso piano etico, sociale e giuridico dello Stato e del singolo cittadino.
- b) L'assenza di valori assoluti come risultante dell'equivalenza di qualsiasi scelta e non come assenza di scelte.
- c) L'uso del diritto penale da parte dello Stato in mera funzione di contenimento dei reati di violenza e di sangue e non come sostitutivo del diritto civile, a motivo della sua maggiore forza di intimidazione nei confronti dei cittadini.

Soprattutto di quest'ultimo principio si avrà modo di discuterne più ampiamente in seguito.

¹¹ J.S. MILL, *Sulla libertà*, Borgomanero, Edizioni Publidue, 2000, 26-27.

§ 3. – *Nichilismo*

La dichiarazione della morte di Dio non risale, se non emblematicamente, alla enunciazione di Friedrich Nietzsche, ma affonda le proprie radici profonde in quel movimento di pensiero, che dalla notte dei tempi tende a ridurre la realtà ad un monismo empiricamente verificabile ed interpretabile secondo la logica propria dell'essere umano.

«*Dio è morto*, dice Nietzsche. L'Apparato filosofico-epistemico-teologico è sostituito dall'Apparato scientifico-tecnologico. La sofferenza dell'Occidente è la conseguenza della Follia dell'Occidente, ossia del nichilismo, della *fece nel senso greco del divenire* (all'interno del quale si muove anche la fede cristiana)»¹².

È inutile in questa sede ripercorre le tappe nel mondo occidentale di questo pensiero dall'antica Grecia sino ai giorni nostri (Epicuro etc.). Più utile risulta, invece, soffermarsi sugli esiti attuali di tale pensiero.

Il monismo, proprio della visione empirica della realtà, riduce a unità la distinzione di René Descartes tra *res cogitans* e *res extensa*. Spirito e materia, pensiero e corpo, energia e massa sono visti come una entità unica, in modo molto simile a quanto illustrato dalla nota equazione di Albert Einstein sulla relatività ($E=mc^2$). Il cuore filosofico di questo monismo, rinvenibile anche in larga misura nel pensiero di Baruch Spinoza, risiede nell'impallidire di valori e di fini in conseguenza dell'offuscarsi della volontà umana. Unita al pensiero einsteiniano si manifesta anche una certa problematicità intorno al fattore tempo, che pare richiamare alla mente l'immobilismo del mondo di Parmenide di Elea¹³ e, più di recente, l'immutabilità degli Enti di Emanuele Severino¹⁴. Infatti, se la realtà presenta caratteri esclusivamente quantitativo/meccanicistici e il tempo si manifesta come una mera illusione fisica (non esiste un tempo assoluto) o, addirittura, psicologica (è la nostra mente ad ordinare gli eventi), le uniche leggi che possono governare il tutto avranno natura causale, nel solo senso di accoppiamento tra eventi, o, al più, statistica e potranno esclusivamente essere descritte, non certamente modificate od anche influenzate nei loro esiti, nei loro effetti. In breve, viene meno il libero arbitrio umano e con esso tutta la dimensione morale ed etica, che trova sostegno nelle libere scelte ed espressione nei valori. La verità dei fenomeni valoriali subisce quel drastico ridimensionamento che può condurla direttamente alla sua immediata eliminazione oppure ad un più morbido riduzionismo, che da unica ed assoluta la trasforma in molteplice e

¹² E. SEVERINO, *La follia dell'Angelo*, Milano, Mimesis, 2006, 43.

¹³ Cfr. K.R. POPPER, *Il mondo di Parmenide. Alla scoperta della filosofia presocratica*, Casale Monferrato, PIEMME, 1998.

¹⁴ Cfr. E. SEVERINO, *Immutabilità e destino*, Milano, Rizzoli, 2006.

relativa. Le comportamentalità, dunque, potranno essere prese in considerazione sotto il profilo della congruità dei mezzi rispetto ai fini, agli scopi, ma questi ultimi non potranno godere di qualità valoriali, di ascendenze legate a scelte umane, ma solo di caratteri predeterminati e di esiti inevitabili. La razionalità di Max Weber sopravvive, ma non come espressione del comportamento umano, bensì come struttura del mondo, come elemento non da vivere, ma semplicemente da descrivere. Per citare un noto aforisma di Woody Allen, «Dio è morto ed anch'io non mi sento molto».

L'estinzione, la fine di ogni epistème (επιστήμη) e l'affermarsi della tecnica segnano il destino del nostro mondo occidentale, ma suonano come campana a morto anche per quel mondo di presunte certezze tranquillizzanti, che tanto quietavano gli animi degli esseri umani e regalavano senso alla loro vita¹⁵.

«Il paradiso è perduto non perché l'intramontabile tramonti o l'indimenticabile rimanga dimenticato, ma perché l'indimenticabile e l'intramontabile è *contrastato* dalla volontà di dimenticarlo, di sfuggirgli; perché l'apparire non è più soltanto l'apparire del destino dell'essere, ma della *contesa* tra il destino dell'essere e la volontà di sottrarsi. Da che l'offerta della terra è stata accolta isolando la terra dalla verità dell'essere lo spettacolo che originariamente si manifesta [...] è la terra contesa tra il destino e la volontà di sottrargli la terra»¹⁶.

L'emergere di questo vuoto valoriale assoluto e la presenza di un soggettivismo comportamentale relativizzante concretizzano quella situazione individuale e sociale, che porta il nome di nichilismo.

«C'è un nichilismo cognitivo: nulla si può sapere della verità e quindi non esistono il vero ed il falso; c'è un nichilismo valutativo: nulla vale più di altro, e quindi non esistono il bene e il male; c'è un nichilismo morale: il male esiste, ma non è riscattabile dal bene; c'è un nichilismo esistenziale: la vita non ha più valore della morte [...] c'è il nichilismo, per così dire, in grande, che investe e modella l'intera società. [...]: le relazioni tra gli esseri umani sono, anzi, *devono essere* determinate da anonime e spersonalizzate forze soverchianti rispetto alle quali non ci sia altro da fare, per il proprio bene, che adeguarsi»¹⁷.

Esiste anche, ed è convinzione di chi scrive, oltre ai sopra menzionati nichilismi, che, per altro, tendono a sommarsi, più che ad escludersi vicendevolmente, un ulteriore nichilismo: il nichilismo educati-

¹⁵ «L'epistème è il sapere che intende essere incontrovertibile e che mostra il vero Ordinamento del mondo, all'interno del quale si inscrivono il divenire e il dolore. Quando il cristianesimo dice che la fede salva, non fa che applicare alla fede ciò che la filosofia aveva pensato di sé fin dall'inizio»: E. SEVERINO, *La follia dell'Angelo*, cit., 43.

¹⁶ E. SEVERINO, *L'essenza del nichilismo*, Milano, Adelphi, 1995, 382.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Liberi e servi. Il Grande Inquisitore e l'enigma del potere*, Torino, Einaudi, 2015, 238.

vo. Esso insegna, o *dovrebbe insegnare*, che le proprie certezze sono solo nostre, che su di esse non possiamo fare cieco ed acritico affidamento, che la ragione ed il torto non stanno mai da una sola parte. È questo il nichilismo di cui si parlerà anche in seguito e che maggiormente ispira chi scrive. Non si tratta di assenza di valori individuali o anche collettivi, ma della loro riduzione ad elemento arbitrario, soggettivo, prospettico, storico, in una parola relativo a colui o coloro che lo condividono. In questa dimensione ciascuno è portatore di propri legittimi punti di vista da rispettare su un piano di parità con tutti gli altri possibili punti di vista, ma a nessuno è lecito imporre ad altri le proprie convinzioni, presentandole come assolutamente valide e veritiere e giustificando con questa motivazione il suo agire prevaricatore. Non si tratta di vuoto valoriale o di indifferenza comportamentale, ma di veri e propri limiti posti al proprio agire, al proprio operare, giustificati dalla ragionevole consapevolezza dell'opinabilità delle proprie scelte, sostenuti dal dubbio di non possedere alcuna verità inconfutabile. Dunque, il nichilismo non si presenta come un caos sprofondata nel nulla, ma come un indicatore di limiti a se stessi, alle proprie convinzioni ed alle proprie azioni, non certo alle convinzioni ed alle azioni altrui.

In questo quadro anche lo Stato e le sue leggi, il suo ordinamento giuridico si relativizzano ed assoggettano, si autolimitano al persistere del consenso da parte dei propri cittadini/sudditi. In ogni momento il cittadino/suddito può togliere il proprio consenso allo Stato ed al suo ordinamento giuridico, sciogliendo, dissolvendo, recidendo in tale modo il proprio vincolo di subordinazione alle leggi statali. Tale consenso, che deve essere visto più come un mero fatto che non come una libera scelta, prende corpo nella fenomenologia sociale del contratto, che solo riesce a razionalizzare e giustificare la dimensione del vincolo nello sfondo psicologico di un improbabile libero arbitrio.

Da queste brevi considerazioni si evidenzia la natura delle leggi come modalità di accordo comportamentale tra gli esseri umani; accordo mediato e governato dallo Stato. In questo accordo rileva al massimo grado la materia trattata: civile o penale. La materia amministrativa dovrebbe estinguersi in una prospettiva di rapporto paritario tra cittadini e Stato. La disciplina civilistica dovrebbe riguardare la tutela dei beni alienabili e dello *status* anagrafico delle persone, mentre quella penalistica la disciplina dei beni non alienabili, quali la vita stessa e l'incolumità personale (salvo ovviamente i casi di masochismo). A questa distinzione non dovrebbe sottrarsi neppure lo Stato, in quanto soggetto ai medesimi diritti/doveri dei cittadini; a mero titolo d'esempio, un debito del cittadino verso lo Stato dovrebbe trovare un trattamento eguale a quello di un debito tra cittadini o di un debito dello Stato verso i cittadini. Il diritto penale, dunque, dovrebbe disciplina-

re solo fattispecie di violenza e di sangue, non certo di dissenso politico, mentre il diritto civile fattispecie di scambi sinallagmatici di natura ovviamente economica e di *status* delle persone.

Ciò appare tanto più appropriato proprio alla luce di una visione nichilista, che non può tollerare, consentire posizioni di privilegio dominante attraverso il diritto penale (uso statale del diritto penale a scopo intimidatorio) e vincoli comportamentali assoluti, privi di consenso, in quanto ogni posizione si presenta degna di considerazione paritaria.

Il relativismo proprio del pensiero nichilista permea tutto il diritto civile nella sua libertà di contrattazione e di contrattualizzazione, ma invade anche il diritto penale sotto il profilo del *neminem laedere*, principio la cui lesione deve avere per oggetto un'entità assoluta per la controparte (vittima), quale è la stessa esistenza in vita o l'integrità fisica del suo corpo.

§ 4. - *Limiti del diritto penale*

L'uso del diritto penale da parte dello Stato dovrebbe essere particolarmente ben ponderato e centellinato, poiché è uno strumento di controllo e di repressione sociale a sua esclusiva disposizione, in quanto affidatogli dai cittadini per la tutela di tutti, non certo per l'esercizio di un potere che sovrasti i loro interessi e la loro sicurezza. Esso, in sostanza, esercita una sorta di delega in bianco del diritto di autodifesa e di rappresaglia da parte dei cittadini nei confronti dello Stato. Purtroppo si assiste continuamente ad una palese isteria populista, da parte del legislatore, per la quale, a fronte di nuovi e crescenti fenomeni di criminalità, non si riesce a trovare altra soluzione se non il mero inasprimento delle sanzioni, delle pene, e la moltiplicazione dei reati, per seguire i viscerali umori dell'opinione pubblica. Tale ormai troppo consolidata prassi produce più danni che giovamenti, in primo luogo, onerando di ulteriori carichi di lavoro gli organi giudicanti, ma, soprattutto, creando un potenziale sovraffollamento carcerario, che, inevitabilmente, viene poi risolto con impropri provvedimenti generali di indulto, di amnistia o, semplicemente, di rinvio della carcerazione o di anticipazione della scarcerazione. È, poi, presupponibile che talvolta i limiti particolari della carcerazione vengano direttamente incorporati nella sentenza, non come espressione del potere discrezionale del giudice tra il minimo ed il massimo edittale della pena, ma come autocensura del medesimo, in quanto consapevole sia della sproporzione delle pene, sia delle problematiche logistiche della carcerazione. Eppure già Cesare Beccaria aveva evidenziato come non fosse l'entità

della pena il mezzo più efficace per prevenire il crimine, ma la certezza e rapidità nell'erogazione della pena:

«Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che, per essere un'utile virtù deve essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tiene luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza. L'atrocità stessa della pena fa che si ardisca tanto più per schivarla, quanto grande è il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di un solo»¹⁸.

Del resto il fenomeno è ben noto da tempo agli studi sociologico-giuridici. Tanto noto e scontato da non necessitare neppure di ulteriori considerazioni.

Una ulteriore riflessione deve riguardare, invece, la proporzionalità delle pene ed anche in questo ambito ci dovrebbe supportare da più di duecento anni Beccaria: «Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio»¹⁹.

Il tema può essere esemplificato con evidenza anche da un semplice ragionamento utilitaristico: se la pena per omicidio e per rapimento coincidono, tutti i rapimenti tenderanno a terminare con la morte del rapito, se non altro per eliminare un pericoloso testimone; se diviene costante tendenza giurisprudenziale ritenere quasi tutte le bancherotte come frutto di fraudolenza e non di forzature bancarie o del mercato stesso, quasi tutte saranno effettivamente tali per l'interesse dell'imprenditore a conservare almeno parte dei propri beni. Un ulteriore esempio dovrebbe evidenziare non solo l'aspetto utilitaristico del fenomeno, ma anche quello etico: come è possibile prevedere ed irrogare pene più severe per i reati contro il patrimonio che per quelli contro la persona? Non dovrebbe essere elemento culturale comune, che la vita e l'integrità fisica dell'essere umano siano un bene superiore a qualsiasi altro? Queste irragionevolezza populistiche/emotive, legislative e giudiziarie contribuiscono a spiegare il singolare fenomeno del diffuso oblio verso uno dei massimi giuristi illuministi ita-

¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 1970, 59-60.

¹⁹ *Ivi*, 22.

liani e mondiali, quale è Cesare Beccaria, e, soprattutto, l'esistenza di un ricorrente e quasi rituale dibattito intorno all'esigenza di un diritto penale minimo contemporaneamente alla crescita, all'estensione delle fattispecie di reato.

Per non cadere in facili equivoci conviene subito precisare che non si affrontano i temi della depenalizzazione e del diritto penale minimo, agendo o fingendo di agire, con provvedimenti limitativi della carcerazione o con strumenti ad essa alternativi. Il cuore del problema risiede nel diritto penale stesso, nella materia sanzionata penalmente e nell'uso che di tale penalizzazione lo Stato intende fare. Si tratta, in sintesi, di analizzare l'attuale *corpus* di diritto penale, di verificarne la natura e la funzione storica tradizionale ed, in fine, di eliminare da esso tutte quelle fattispecie, che possono essere collocate sotto la disciplina di un altro e diverso tipo di diritto; ossia del diritto civile. Del resto, è ancora Beccaria a fornirci un grande ed insostituibile aiuto in questo lavoro ed a chiarirci la natura e l'origine storica del diritto penale:

«Fu già un tempo nel quale tutte le pene erano pecuniarie. I delitti degli uomini erano il patrimonio del principe. Gli attentati contro la pubblica sicurezza erano un oggetto di lusso. Chi era destinato a difenderla aveva interesse di vederla offesa. L'oggetto delle pene era dunque una lite tra il fisco (l'esattore di queste pene) ed il reo; un affare civile, contenzioso, privato piuttosto che pubblico, che dava al fisco altri diritti che quelli somministrati dalla pubblica difesa ed al reo altri torti che quelli in cui era caduto, per la necessità dell'esempio. Il giudice era dunque un avvocato del fisco piuttosto che un indifferente ricercatore del vero, un agente dell'erario fiscale anzi che il protettore ed il ministro delle leggi. Ma siccome in questo sistema il confessarsi delinquente era il confessarsi debitore verso il fisco, il che era lo scopo delle procedure criminali d'allora, così la confessione del delitto, e confessione combinata in maniera che favorisse e non facesse torto alle ragioni fiscali, divenne ed è tuttora (gli effetti continuando sempre moltissimo dopo le cagioni) il centro intorno a cui si aggirano tutti gli ordigni criminali»²⁰.

Correttamente sottolinea Beccaria che gli effetti sopravvivono alle cause; infatti, pur mascherata da altre sembianze apparentemente meno odiose ed interessate, la giustizia penale dello Stato soffre ancora di taluni dei difetti sopra ricordati e ciò contribuisce a spiegare l'inerzia nel percorrere la strada di un moderno diritto penale minimo. Prima di tutto si evidenzia il persistere della funzione di controllo sociale svolta da tale diritto, se non nell'interesse economico immediato del principe, certamente nel prevalente interesse della sicurezza del potere

²⁰ *Ivi*, 44-45.

dominante, che si sostanzia, poi, anch'esso in un interesse economico, anche se meno evidente. Ma le parole di Beccaria gettano luce anche sull'apparentemente strano uso del diritto penale in ambito fiscale, materia evidentemente civilistica se non inquinata dal potere politico prevalente. La fraudolenza pubblica ha usato in passato il diritto penale come occasione di guadagno ed ora cerca di usarlo come supporto al proprio reperimento di fondi. Il vizio resta anche se muta la modalità operativa. Le normative fiscali, poi, sottolineano ulteriormente la continuità storica, non distanziandosi sostanzialmente dalla descrizione del diritto penale sopra ricordata e preilluminista (retroattività delle norme, inversione dell'onere della prova di colpevolezza, *solve et repute*, non completa compensabilità tra debiti e crediti fiscali, iperproduzione ed oscurità delle norme fiscali, asimmetria dei termini di esercizio e di scadenza dell'azione tra i due soggetti, etc.).

Tornando ora in modo più puntuale sul diritto penale minimo non può stupire, alla luce di quanto ricordato, che i moderni Stati, sedicenti democratici, ma più realisticamente eredi dei principi dell'*ancien régime*, abbiano percorso e continuino a percorrere la strada di un diritto penale massimo. Tuttavia sembra opportuno in questa sede fornire alcune indicazioni ben chiare e precise al fine di non perdere di vista l'obiettivo di un diritto penale minimo effettivo. In questa direzione il primo parametro da applicare riguarda, lo si è già detto, la materia penale stessa, che dovrebbe occuparsi esclusivamente di reati di violenza e di sangue. Segue subito un secondo parametro, che è rivolto direttamente allo Stato e stigmatizza negativamente l'uso strumentale, intimidatorio del diritto penale nei confronti dei cittadini, in materie di interesse non penalmente rilevante, in quanto riguardanti debiti/crediti (fisco), rapporti economici in genere, procedure amministrative, difesa del potere politico dominante (ordine pubblico) o delle convinzioni etiche, etico-sessuali e religiose di una parte dei cittadini (buon costume, vilipendio della religione). Del resto, tale uso intimidatorio potrebbe manifestare anche qualche profilo di incostituzionalità nell'ordinamento giuridico italiano. Infatti, l'art. 27, III comma, Cost. recita: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Dunque la pena, e la norma che la prevede, non possono avere natura intimidatoria, ma bensì rieducativa.

In breve, ove si tratta di disciplinare beni, servizi e denaro, sia nella buona, sia nella cattiva fede dei soggetti agenti, senza dubbio alcuno il diritto competente è quello civile, non certo il penale. Inoltre, nel dissenso ideologico tra individui o gruppi sociali può aprirsi, e molto frequentemente si apre, un confronto o addirittura uno scontro politico, che non può e non deve per la natura egualmente degna di con-

siderazione di tutte le posizioni, di tutte le ideologie, trovare maggiore tutela a vantaggio di coloro che dominano lo Stato grazie al diritto penale. Lo scontro politico, in particolare, rompe il rapporto contrattualistico sociale e, quindi, viene meno anche la vincolatività normativa e la legittimazione giuridica da esso generate. Il diritto penale del dominatore non può interessare e riguardare il rivoltoso ed, a maggior ragione, il diritto penale del vincitore non può coinvolgere il vinto (si pensi al processo farsa con relativa sentenza di condanna a morte dell'ex Presidente dell'Iraq Saddam Hussein, che non si comprende su quale base giuridica condivisa possa fondarsi, oltre che sulla forza del vincitore). Nello scontro politico non democratico è normale, è lecito, essendo equiparabile allo stato di guerra, eliminare anche fisicamente, senza alcuna ulteriore mediazione giustificativa, il nemico, ma risulta assurdo ed ipocrita cercare legittimazione delle proprie azioni violente nel proprio ordinamento giuridico, nelle relative norme penali ed in grottesche ritualità processuali, del tutto estranee al nemico ed al suo diverso ordinamento giuridico. Solo un imperialismo universalista può ritenere, e pretendere che la propria legge si estenda a tutto l'Orbe terracqueo.

§ 5. – *Schematico abbozzo di alcune depenalizzazioni dell'ordinamento giuridico italiano*

Sarà ora opportuno procedere, sulla base dei principi appena enunciati, ad una disamina dei vari gruppi di reati, per poter svolgere quella radicale azione di sfoltimento, presupposto necessario all'introduzione di un diritto penale minimo. L'operazione non si propone di essere né sistematica, né esaustiva, ma semplicemente indicativa della strada da intraprendere. Ovviamente è non solo illusorio, ma addirittura utopico, anche solo pensare che un radicale intervento rivoluzionario, come quello proposto in questa sede, possa trovare realizzazione in tempi brevi (ma, purtroppo, nemmeno in tempi lunghi). I tempi di realizzazione, se pur potranno esserci, saranno inevitabilmente, per necessità, lunghissimi e non certo guidati da illuministiche volontà legislative riformatrici, ma, piuttosto, dall'evolversi spontaneo dello sviluppo storico della società. Infatti, si tratta di trasformazioni che riguardano non solo e non tanto il diritto penale, ma la società tutta nel suo complesso ed, in particolare, il modo di pensare ed essere etico di tutti o quasi i suoi cittadini: il diritto penale risulta, in sostanza, una mera conseguenza di questo più elevato livello di eticità sociale diffusa. Non è comunque inutile immaginare un futuro migliore, poiché è dalle idee che il sogno può farsi realtà.

In via preliminare è necessario individuare i gruppi di reati, che potrebbero essere eliminati, suddivisi in una classificazione, che evidenzii il soggetto ed il bene tutelato. In questa analisi è lo stesso Codice Penale con i suoi Titoli, che può essere d'immediato aiuto.

In primo luogo, seguendo il C.P. stesso, emerge come oggetto lo Stato, in quanto protagonista della tutela in prima persona od attraverso le sue articolazioni della Pubblica Amministrazione e dell'Amministrazione della Giustizia. A tale soggetto si aggiunge la tutela del sentimento religioso e della pietà verso i defunti. Non vale la pena in tutti questi casi di illustrare il bene tutelato, giacché basta rifarsi ai criteri orientativi sopra riportati per evidenziare come non dovrebbero essere perseguibili penalmente espressioni ideologiche di qualsiasi genere ed, inoltre, come lo Stato, in quanto parte della società, non può godere di tutele giuridiche superiori a quelle attribuite a qualsiasi altro soggetto sociale²¹. Discorso non dissimile deve essere fatto per la religione, che, in quanto espressione di fede, non può vincolare chi tale fede non possiede. Per quanto, poi, riguarda i defunti le norme paiono oscillare tra sentimenti superstiziosi e timori apotropaici.

Rispetto ai reati contro l'ordine pubblico è necessario distinguere quelli commessi con la semplice espressione delle proprie idee dissenzianti nei confronti dell'ordinamento giuridico vigente, che dovrebbero essere completamente abrogati, depennati, in quanto espressione di libere opinioni politiche, da quelli concretizzati in precisi comportamenti offensivi, violenti verso persone e cose. Del resto, per affrontare con coerenza questo gruppo di articoli di legge è necessario essere ben consapevoli del significato profondo del concetto di *ordine pubblico*. Tale concetto non esprime un valore assoluto, ma meramente relativo al sistema giuridico vigente. Pertanto la natura politica e, quindi, opinabile, prospettica, storica di tale concetto è evidente: il delinquente di oggi potrebbe divenire l'eroe di domani.

«Anche i legislatori e fondatori della società umana, a cominciare dai più antichi, continuando con Licurgo, Solone, Maometto, Napoleone e via dicendo, tutti fino all'ultimo furono delinquenti, non fosse altro perché, dando una nuova legge, con ciò stesso infransero l'antica, venerata dalla società e trasmessa dai padri, e, ben s'intende, non si arrestarono nemmeno dinanzi al sangue, se il sangue (talora del tutto innocente e valorosamente versato in difesa dell'antica legge) poteva giovar loro»²².

Nel Titolo del C. P. relativo ai delitti contro la fede pubblica spiccano per la loro natura meramente economica, quindi non penale, e

²¹ Cfr. L. BASSO, *I ribelli dell'Amiata. La democrazia davanti ai giudici*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2013.

²² G. ZAGREBELSKY, *Liberi e servi. Il Grande Inquisitore e l'enigma del potere*, cit., 114-115.

per disegualianza di trattamento verso i soggetti privati i reati di falsificazione di moneta, di carta di pubblico credito e di valori bollati. Sotto questa medesima motivazione critica è ascrivibile anche l'improprio uso statale del diritto penale in funzione repressiva dell'evasione fiscale, poiché il debito fiscale è, appunto, un mero debito, ossia un credito dello Stato verso il cittadino; possiede, quindi una evidente natura civilistica. Inoltre, come il cittadino non può disporre del diritto penale per tutelare i propri crediti verso lo Stato e, solo raramente, per tutelarli verso gli altri cittadini, non si giustifica, per il principio di eguaglianza tra cittadini e Stato, un privilegio tanto rilevante a favore di quest'ultimo.

Che dire, poi, del Titolo VIII C. P., *Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*? A parte le numerose dichiarazioni di incostituzionalità che hanno colpito alcuni articoli di questo Titolo, pare opportuno sollecitare una drastica depurazione del medesimo da tutti quei restanti reati, che tendono ad alterare la libera contrattazione tra lavoratori e datori di lavoro, nonché quei reati rivolti a contenere attività di controllo di merci, di prezzi e, più in generale, attività speculative. Queste ultime, infatti, sono consustanziali al libero mercato stesso, come, per altro, anche l'artificiale abbondanza o carenza di merci e l'oscillazione dei prezzi. Dunque una loro limitazione può colpire esclusivamente coloro che possiedono una forza economica recessiva e non certo i grandi detentori di potere sul mercato.

Una ulteriore particolare riflessione dovrebbe riguardare il diritto societario, sempre ovviamente sotto il profilo penale. In questo ambito vi dovrebbe essere poco da discutere, in quanto la materia è con palese evidenza di natura squisitamente ed esclusivamente civilistica, poiché riguarda rapporti economici tra soci, amministratori, fornitori, clienti e Stato; ossia questioni di mero dare ed avere economico/finanziario tra soggetti operanti sul mercato e pienamente consapevoli dei rischi che tale attività comporta. Pertanto non si comprende l'ingerenza del diritto penale in materia.

Il Titolo IX, *Dei delitti contro la morale pubblica ed il buon costume*, non pare, poi, abbia motivo di sussistere, poiché si tratta di tutela di beni opinabili, soggetti alla discrezionalità delle credenze personali dei singoli individui, che in una società pluralista e multiculturale non possono trovare sanzione. Infatti, la sanzione privilegierebbe alcuni valori, alcune convinzioni, alcune credenze soggettive rispetto ad altre e ciò confligge con la pari dignità di qualsiasi idea morale. È il classico caso nel quale un chiaro nichilismo consapevole può risolvere e consentire la convivenza delle diversità, senza bisogno di ricorrere al diritto penale.

Tra i *Delitti contro la famiglia*, Titolo XI, dovrebbero essere sicuramente espunti quelli riguardanti la natura monogamica del matri-

monio e l'espressione di opinioni contrarie al medesimo, sempre per motivi di relativismo ideologico e culturale.

Gli unici veri Titoli di natura realmente penale sembrano essere il XII ed il XIII, rispettivamente *Dei delitti contro la persona* e *Dei delitti contro il patrimonio*. Tuttavia, dal Titolo XII dovrebbero essere tolti i reati di ingiuria e di diffamazione. Infatti, se producono danno sono materia di competenza civilistica e prevedono un risarcimento del medesimo, che, ovviamente, dovrebbe essere realmente compensativo del danno subito. Qualora invece non producessero alcun danno, ricadrebbero entro la tutela della libera espressione di pensiero, delle opinioni, delle idee. In modo non dissimile dovrebbe essere affrontato anche l'attuale e spinoso tema della tutela della *privacy*. Inoltre, potrebbe essere utile una qualche riflessione anche intorno alla proporzionalità delle pene rispetto al danno arrecato alla vittima. In generale, tali riflessioni dovrebbero coinvolgere il rapporto di proporzionalità tra i reati contro la persona e quelli contro il patrimonio, giacché i primi si presentano decisamente più dannosi dei secondi; ma, in particolare, l'argomento coinvolge direttamente il reato di omicidio. L'omicidio, privando la vittima della vita, viene giustamente considerato il reato di maggiore gravità. Tuttavia, alla luce delle sofferenze individuali e familiari della vittima, forse, talune lesioni gravi e gravissime (si pensi ad esempio all'uso dell'acido per sfigurare il volto) possono costituire un nocumento per l'essere umano anche maggiore e peggiore della privazione della vita stessa e ciò comporta, necessariamente, un adeguamento di pena al maggiore danno inflitto.

Il Titolo XIII, poi, dovrebbe essere limitato rispetto ai reati di frode, poiché in presenza di libera contrattazione la materia resta di natura civilistica e, quindi, coerentemente estromessa dal diritto penale.

Una riflessione particolare meritano i reati contro l'ambiente. Tali reati dovrebbero essere divisi in almeno due gruppi: quelli che mettendo in pericolo o, addirittura, direttamente danneggiando la salute sino anche a determinare la stessa morte dell'essere umano, si presentano a pieno titolo quale materia di diritto penale. Al contrario, quei reati, invece, che si propongono di conservare immutato l'assetto e l'aspetto ambientale o di preservare dall'estinzione animali e vegetali appaiono estranei al diritto penale e pesantemente connotati in senso ideologico. Infatti, la selezione, l'estinguersi ed il sorgere di sempre nuove e diverse realtà organiche (pensiamo all'era dei dinosauri od anche a quella della stirpe *Homo neanderthalensis*) è legge naturale, che governa incontrastata l'ontologia, la struttura stessa del divenire biologico, dell'evoluzione del vivente; inoltre ed addirittura il biologico sopravvive, salvo la sintesi clorofilliana, solo per necessità, consumando altro biologico, nutrendosi di materiale della sua medesima natura. Ovvia-

mente, quest'ultima constatazione solleva problemi etici di non lieve momento nei confronti dei diritti degli animali non umani.

Appare evidente che nel drastico passaggio di molte materie dal campo penale a quello civile si produce un vasto ampliamento dell'ipotesi di risarcimento del danno. Pertanto la giurisprudenza italiana dovrebbe entrare decisamente nella logica di prevedere risarcimenti reali, concreti, corrispondenti al danno subito ed effettivamente ristoratori del medesimo; non certo solo simbolici o forfettari. Inoltre potrebbe essere mutuato da altri ordinamenti giuridici (USA) l'istituto di *common law* del risarcimento punitivo del danno (*punitive damages*), al fine di sottolineare l'eventuale comportamento scorretto, illecito, anche se privo di rilevanza penale, tenuto.

§ 6. – *Diritto di autotutela e di risarcimento del danno*

Con la sottoscrizione del patto sinallagmatico sociale lo Stato assume su di sé, particolarmente in campo penale, l'onere di tutelare la sicurezza sia fisica sia economica dei propri cittadini. Nell'assumersi tale onere lo Stato impone a questi ultimi alcune restrizioni, ad esempio riguardo all'uso delle armi ed alla possibilità di farsi giustizia da se medesimi. Il porto d'armi in Italia, a differenza di altri Stati, quali gli USA e la Svizzera, non è retto da un diritto soggettivo, ma da un mero interesse legittimo ed, infatti, dipende da una licenza amministrativa, probabilmente a causa dell'atavico timore dei governi dell'affermarsi e dell'organizzarsi di eserciti di popolo, privi di controllo statale. Proprio l'esatto contrario del principio dei cittadini in arme a difesa della propria libertà di memoria legata alla Rivoluzione francese. Non si pensi a motivi più nobili, quali la prevenzione di delitti di sangue, poiché in Svizzera ogni famiglia possiede e detiene almeno un fucile, in quanto la difesa territoriale è affidata a tutta la popolazione in armi; eppure non si hanno notizie di stragi incontrollate. Diversamente spesso avviene in Nord d'America, ma ciò pare suffragare l'ipotesi che, probabilmente, la prevenzione di tali fenomeni stragisti sia più legata all'educazione civile che non alle proibizioni ed alla repressione preventiva del mercato delle armi; del resto chi intende delinquere non chiede certo il porto d'armi²³. A tale proposito pare opportuno ricordare le disavventure postunitarie italiane di Giuseppe Garibaldi, che fu fermato a fucilate ed arrestato all'Aspromonte dal neo Regno d'Italia e le cui formazioni militari volontarie di popolo furono forzatamente

²³ Cfr. M.L. GHEZZI, *Revisionismo laico e democratico: la questione democratica*, in MAZZINI, *Repubblica*, Milano, Mimesis, 2011, 7-34.

sciolte: conscio del pericolo autoritario di uno Stato privo di un esercito di popolo, Garibaldi promosse la diffusione dei Tiro a Segno Locali e Nazionali, per addestrare i cittadini alle armi in difesa della propria libertà.

In ogni caso ed a prescindere dalle considerazioni appena formulate, ciò che più conta ai fini del presente studio è la rinunzia da parte del cittadino all'autotutela in favore dello Stato e l'assunzione da parte di quest'ultimo del relativo obbligo sostitutivo. Lo scambio, dunque, deve avvenire e la sicurezza civica deve essere assicurata. Conseguentemente, in presenza di danni fisici e/o economici subiti dal cittadino per inefficacia o inefficienza dell'attività statale di tutela della sicurezza dei medesimi insorge inevitabilmente, inequivocabilmente ed indiscutibilmente in capo al cittadino un diritto al risarcimento del danno subito ed in capo allo Stato il corrispondente obbligo risarcitorio. Naturalmente l'inadempienza contrattuale può anche essere considerata di portata tale (si pensi a rapine ripetute nel tempo o ad omicidi senza l'individuazione del colpevole) da far venire meno la fiducia del cittadino nei confronti dello Stato e, quindi, da mettere in discussione il patto sociale stesso. Ossia è possibile che l'inadempienza statale produca oltre al danno e al relativo risarcimento anche lo scioglimento unilaterale del contratto sociale. In questo caso, il cittadino rientra immediatamente in possesso di tutti i propri diritti, precedentemente ceduti in via provvisoria allo Stato ed, in particolare, riacquista il proprio diritto all'autotutela e si autolegittima come unico giustiziere del torto subito.

Non sarebbe neppure necessario ricordare, in rapporti contrattuali onesti, che il risarcimento del danno dovrebbe essere effettivamente ristoratore del nocumento subito e non meramente simbolico. È questa un'istanza, una raccomandazione da rivolgere direttamente alla Magistratura, ma all'apparato statale in genere deve essere rivolto un vero e proprio giudizio di riprovazione, di condanna: che dire, se non male, dell'istituto del giudizio di ottemperanza? La Pubblica Amministrazione viene condannata dalla Magistratura ordinaria ad un pagamento a favore del cittadino, eppure caparbiamente non paga in quanto l'esecutività della sentenza civile possiede una ulteriore istanza di giudizio rappresentata, appunto, dal giudizio di ottemperanza. A parte il fatto che desta orrore il potere di uno Stato, che si autolegittima a disattendere, a disobbedire a se stesso per utilità propria, resta l'asimmetria, la disuguaglianza tra Stato e cittadini, in quanto questi ultimi non godono a propria difesa di tale ulteriore grado di giudizio. Peggio, per essi valgono i punitivi artt. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) e 388 ter c.p. (mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie). Il contratto è, dunque, sbilanciato a favore di una sola delle due parti.

Nella ricerca di legittimità dello Stato e delle sue leggi, il modello contrattualistico sembra essere il più razionalmente, storicamente e democraticamente attendibile, poiché dovrebbe ricondurre le reciproche azioni entro un quadro effettivo di espressione concreta della volontà consapevole di tutte le parti coinvolte. In questo quadro il diritto penale assume una particolare e significativa rilevanza, poiché incide in modo immediato sulla sicurezza dei cittadini, ma anche sulla loro libertà: sicurezza e libertà sia del reo, sia della vittima. Diviene, dunque, di vitale importanza democratica soppesare con attenta cura la natura dei reati e non cedere alle tentazioni di usare il diritto penale per fini di amministrazione governativa e di interessi politici. Ciò impone di limitare rigorosamente il diritto penale all'esclusivo ambito che gli compete: quello della violenza e del sangue! Del resto, per avviarsi alla conclusione, con una ulteriore citazione di Beccaria è bene ricordare che la sovrabbondanza di leggi produce anche una sovrabbondanza di reati, ma non tutti questi reati sono posti veramente a tutela della sicurezza e libertà dei cittadini.

«Il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che non possono nascere, ma egli è un crearne di nuovi. [...]. A che saremmo ridotti, se ci dovesse essere vietato tutto ciò che può indurci a delitto? Bisognerebbe privare l'uomo dell'uso de' suoi sensi. Per un motivo che spinge gli uomini a commettere un vero delitto, ve ne son mille che gli spingono a commetter quelle azioni indifferenti, che chiamasi delitti dalle male leggi; e se la probabilità dei delitti è proporzionata al numero dei motivi, l'ampliare la sfera dei delitti è un creare la probabilità di commettergli. La maggior parte delle leggi non sono che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcuni pochi»²⁴.

Per non sembrare vana utopia il diritto penale minimo non si può limitare a cancellare reati, ma deve anche prevedere e predisporre misure di prevenzione sociale dei medesimi, occasioni che non involgino o, addirittura, costringano le persone ad intraprendere la via del crimine come unica modalità di sopravvivenza od anche solo di sopravvivenza decorosa.

Un utile suggerimento ci giunge dal passato, dal fondatore della Scuola penale positiva italiana, il giurista e sociologo Enrico Ferri: «Quando il sindaco di una città costruisce delle case popolari, fa per la giustizia penale immensamente più che non faccia un codice nuovo»²⁵.

La risposta compensativa e complementare ad un diritto penale minimo dovrebbe giungere non dallo Stato gendarme, ma da uno Stato sociale ed educatore. Uno Stato che combatta la povertà ed il biso-

²⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 96-97.

²⁵ E. FERRI, *Arringhe e discorsi*, Dall'Oglio, Varese, 1979, 240.

gno della popolazione e che insegni un'etica della responsabilità²⁶ personale, individuale, propria di ciascun cittadino, non solo altrui, degli altri; non caricata opportunisticamente come onere sulle spalle del prossimo. Purtroppo da uno Stato, come l'Italia, che in quasi settanta anni di Repubblica non è stato in grado neppure di sostituire il vecchio Codice penale di epoca fascista, comunemente denominato Rocco dal nome del Guardasigilli dell'epoca (19 ottobre 1930), ma solo di *rappezzarlo*, grazie all'ausilio della Corte Costituzionale ed alla pressione dell'incalzante innovazione tecnologica, con un nuovo Codice maggiormente adeguato in modo sistematico ai valori democratici, vi è poco di buono da sperare.

Abstract

The article impeaches State's interests prevailing upon citizens' ones. The State has been getting an independent entity disconnected by its own citizens. The relationship between State and citizens should have to be reconducted among a contractualistic system, real, effectively signed and periodically renewed. State should have to be set, on the same juridical level, of its own citizens and these ones should have to achieve the option to recess, for the State's non fulfillment, by the signed contract. Due to this concern, penal law use, in function of menace, against citizens, for civilistic faults, should have to be completely abolished; particularly, in fiscal and Societies' law field. The theme, at the end, regards the introduction of penal law, at minimum, in function of a State, at minimum, posed on the same juridic level of its own citizens.

²⁶ «Dobbiamo renderci chiaramente conto che ogni agire orientato in senso etico può oscillare tra due massime radicalmente diverse e inconciliabilmente opposte: può essere cioè orientato secondo l'etica della convinzione (*gesinnungsethisch*) oppure, secondo l'etica della responsabilità (*verantwortungsethisch*). Non che l'etica della convinzione coincida con la mancanza di responsabilità e l'etica della responsabilità con la mancanza di convinzione. Non si vuol certo dir questo. Ma v'è una differenza incolmabile tra l'agire secondo la massima dell'etica della convinzione, la quale - in termini religiosi - suona: *Il cristiano opera da giusto e rimette l'esito nelle mani di Dio*, e l'agire secondo la massima dell'etica della responsabilità, secondo la quale bisogna rispondere delle conseguenze (prevedibili) delle proprie azioni»: M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1967, 109.

