

MICHELE PIFFERI

PROBLEMI COSTITUZIONALI DEL DIRITTO PENALE  
TRA RIFORMISMO E ASCESA  
DEL PARADIGMA AUTORITARIO  
(1920-1940)

1. Il riformismo criminologico e la percezione della crisi del liberalismo penale. — 2. I compromessi tra individualismo e socialità nel diritto penale. — 3. La costituzionalizzazione del problema penale e i pericoli per lo stato di diritto. — 4. Max Grünhut e l'evoluzione del diritto penale tedesco tra il 1920 e il 1933. — 5. Verso l'interruzione del percorso riformatore. — 6. 1933: La formulazione del paradigma autoritario. — 7. Il tentativo di difendere lo stato di diritto in ambito penale. — 8. Le differenze tra sistema penale fascista e nazionalsocialista. — 9. La rivoluzione penale nazista ispirata al concetto di *Volksgemeinschaft*. — 10. Le 'lezioni' del penale autoritario.

La costruzione del diritto penale totalitario porta ad una definitiva rottura dei confini costituzionali dello stato di diritto. L'impatto di tale cesura emerge sia dal confronto tra alcuni scritti dei giuristi del nazionalsocialismo e le reazioni degli esponenti di una cultura riformatrice ancora rispettosa dei fondamenti liberali (in Germania come in Italia, Spagna o Francia), sia dalla lettura delle differenze tra il penale nazista e quello fascista offerta dalla dottrina degli anni Trenta.

Lo scontro dottrinale tra scuole penalistiche che caratterizza gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento, sia in Europa sia oltreoceano, mette in discussione principi del liberalismo penale senza, tuttavia, giungere alla critica radicale del modello costituzionale entro il quale la potestà punitiva trova legittimazione e limiti. Le trasformazioni sociali e giuridiche imposte dalla Grande Guerra aggiungono ulteriori fattori di crisi per il sistema penale, accelerando un processo di estensione delle funzioni del potere giudiziario nella determinazione della pena 'giusta' del caso concreto. Negli anni Venti il riformismo criminologico sembra, per un verso, acuire le tensioni costituzionali della potestà punitiva mo-

strando le conseguenze cui può condurre, con riferimento alla separazione dei poteri ed ai principi di legalità e certezza della pena, una coerente politica criminale orientata alla difesa sociale e basata sulla pericolosità. Le discussioni al Congresso Penitenziario Internazionale di Londra del 1925, con il confronto tra l'*indeterminate sentence system* statunitense e il doppio binario europeo <sup>(1)</sup>, e gli interventi negli anni successivi di Saldaña, Overbeck, Kern, Drost, Schmidt (tra gli altri) mostrano come la dottrina continentale fosse, pur con accenti diversi nei vari paesi e prima ancora dell'ascesa dei regimi fascista e nazionalsocialista, attraversata dalla comune consapevolezza dei rischi prodotti dal movimento per l'individualizzazione della pena rispetto alla tenuta delle garanzie fondamentali dello stato di diritto.

Il comune senso di un'identità penologica europea è spezzato dalla costruzione del paradigma autoritario, prima in Italia con il Codice Rocco e poi soprattutto in Germania a partire dal 1933 con il manifesto programmatico di Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. Esso prende forza dalle insoddisfazioni nei confronti delle ambiguità ereditate dallo scontro tra scuole, per avviare una rifondazione del diritto penale coerente con la nuova concezione di stato totalitario. Proprio sul piano ordinamentale è visibile la definitiva frattura imposta dal diritto penale nazionalsocialista alle concezioni liberali, anche quelle di compromesso prodotte dal confronto tra classicismo e positivismo. Mentre, dunque, fino ai primi anni Trenta temi critici e riforme (progettate o attuate) del movimento criminologico sembrano attraversare uno spazio giuridico europeo non differenziato dai confini nazionali, l'avvento dei regimi totalitari porta ad una rottura di questa comune identità. La radicale *Rechtserneuerung* dichiarata dai giuristi del nazismo interessa profondamente anche i principi e la funzione del diritto punitivo.

1. *Il riformismo criminologico e la percezione della crisi del liberalismo penale.*

Lo scontro tra scuola classica o neo-classica e scuola positiva,

---

<sup>(1)</sup> Sul tema rinvio a M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 240 e ss.

riformista o sociologica, conduce non alla vittoria di una sull'altra ma alla graduale individuazione di opzioni teoriche di compromesso che comunque alterano il sistema penale ottocentesco, e sfociano poi in provvedimenti legislativi o in progetti di codificazione che testimoniano le profonde tensioni e le incoerenti composizioni tra opposte concezioni del reato, del reo e della pena. Sono molti i temi discussi in questa *Schulenstreit*, alcuni dei quali — come il rifiuto del libero arbitrio, la sostituzione del concetto di imputabilità con la nozione di pericolosità, la difesa sociale come scopo del diritto punitivo, la scelta di una politica criminale orientata alla prevenzione speciale, l'individualizzazione della pena, la pena a tempo indeterminato <sup>(2)</sup> — concernono aspetti chiave del diritto penale e delle politiche criminali ed inducono, dunque, nei giuristi di chiaro orientamento liberale, la convinzione di una 'crisi' in atto <sup>(3)</sup>. Mentre su alcuni temi le proposte del movimento riformatore trovano ampio consenso scientifico e seguito in scelte normative (si pensi all'ambito della giustizia minorile, al miglioramento delle condizioni carcerarie, alle pene alternative alla detenzione), su altri argomenti che rischiano di modificare i tratti essenziali del sistema penale liberale si assiste ad un faticoso (e non sempre fruttuoso) percorso di riforma legislativa e ad un lungo e acceso dibattito dottrinale. Nel periodo compreso tra le due guerre, la dimensione sovranazionale dell'impatto del movimento criminologico è testimoniata sia dalle numerose riforme fondate su una comune politica criminale ancora non connotata in senso autoritario, sia dai progetti di legge o di codice che, pur non approvati, suscitano grande interesse nella cultura giuridica europea. A titolo esemplificativo, con riferimento solo agli

---

<sup>(2)</sup> Per un'analisi dell'impatto e della ricezione di tali proposte nei sistemi penali liberali, in Europa e negli Stati Uniti, cfr., ad es., D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Ashgate, 1985; PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit.; ID., *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> Century*, Oxford, OUP, 2016; C. FIJNAUT, *Criminology and the Criminal Justice System. A Historical and Transatlantic Introduction*, Cambridge, Intersentia, 2017.

<sup>(3)</sup> Cfr. ad es. E. PESSINA, *Storia della crisi scientifica del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*. Prolusione al corso di Diritto penale nella R. Università di Napoli nel dicembre 1905, in ID., *Discorsi varii*, vol. VI, Napoli, Casa ed. Napoletana, 1915, pp. 217.

anni Venti e all'inizio del decennio successivo, si possono confrontare il Progetto Ferri del 1921, il progetto Radbruch del 1922, la legge belga di difesa sociale del 1930 e la spagnola *Ley de vagos y maleantes* del 1933.

Il Progetto Ferri, « in sintonia con un panorama europeo che andava prendendo atto della « crisi » della funzione retributiva della pena come conseguenza delle trasformazioni sociali » (4), è fondato sullo scopo della difesa sociale e si ispira ai principi ferriani della responsabilità legale e della pericolosità del delinquente (5), alla luce dei quali sono rivisti istituti tradizionali come il tentativo e il concorso e sono introdotte misure nuove, come la segregazione a tempo indeterminato (6), la condanna condizionale, il perdono giudiziale, il risarcimento come obbligo di diritto pubblico, il riconoscimento del ruolo della vittima del reato (7) e criteri che devono guidare l'individualizzazione giudiziaria della pena (8). Il Progetto

---

(4) F. COLAO, "Un fatale andare". Enrico Ferri dal socialismo all'"accordo pratico" tra fascismo e Scuola positiva, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, Roma, RomaTre-Press, 2015, specie p. 139; sul progetto Ferri cfr., oltre a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, ed ora in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 547-590, pp. 585-587, i più recenti contributi di F.L. SIGISMONDI, *La "funzione pratica della giustizia punitiva". Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, in « *Historia et Ius* », 2013, 4, paper 11, specie pp. 10-13; G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in « *Rivista di storia del diritto italiano* », LXXXIV (2011), pp. 287-310; S. SEMINARA, *Einführung: Der Vorentwurf eines italienischen Strafgesetzbuches von 1921 ("Progetto Ferri")*, in *Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1921 („Progetto Ferri“). Text und Kommissionsbericht*, T. Vormbaum (hrsg.), Berlin, LIT, 2014, pp. VII-XLI.

(5) Cfr. P. MARCHETTI, *La Scuola Positiva e i « nuovi orizzonti » del diritto penale tra pericolosità criminale e rischio sociale*, in « *Diritto penale XXI secolo* », 2016, 2, pp. 350-378.

(6) E. FERRI, *Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano (Libro I)*, Roma, « L'Universelle » Imprimerie Polyglotte, 1921, p. 15.

(7) Cfr. A. MANNA, *Le sanzioni criminali nel Progetto Ferri*, in « *Diritto penale XXI secolo* », 10 (2011), pp. 279-298; M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, nella stessa rivista, pp. 307-332.

(8) Ferri individua nei parametri codificati che devono guidare il giudice nell'applicazione della sanzione, ovvero nell'individualizzazione giudiziaria (artt. 74-77

tedesco di Radbruch del 1922 è pure profondamente influenzato dalle teorie del riformismo criminologico <sup>(9)</sup>: la pena di morte è abolita; nella commisurazione della pena è dato ampio spazio alla valutazione discrezionale del giudice, chiamato ad effettuare una valutazione sociale, psicologica e medica del condannato; tra i criteri utilizzabili dal giudice vi sono l'intenzione riprovevole, la volontà delittuosa dell'autore, la recidiva che, se doppia, può portare alla dichiarazione di delinquente abituale pericoloso; il criminale per convinzione punito con l'arresto invece che con il carcere duro; sono introdotte la liberazione condizionale, la custodia di sicurezza ed altre forme di internamento per fini rieducativi e di sicurezza, regolati però dal principio della fungibilità tra pene e misure di sicurezza <sup>(10)</sup>.

La *Loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*, emanata in Belgio il 9 aprile 1930 ed ispirata alle idee di Adolphe Prins, prevede per i soggetti considerati pericolosi, ovvero i dementi e coloro che sono « dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale rendant l'inculpé incapable du contrôle de ses actions » (art. 1), le due misure della messa in osservazione nel reparto psichiatrico di una prigione e dell'internamento di durata indeterminata (pronunciata per 5, 10 o 15 anni in funzione della gravità dell'atto commesso, può però essere indefinitamente estesa). Per i recidivi e delinquenti d'abitudine è prevista la « mise à la disposition du gouvernement » (artt. 24, 28), che consiste nell'internamento in uno stabilimento designato per decisione regia

---

del *Progetto*), la soluzione al « problema di non lasciare al giudice un arbitrio senza confini, che sarebbe pericoloso così per i diritti dell'individuo come per quelli della società e d'altra parte di non costringere in barriere meccaniche e troppo rigide la facoltà, che il giudice deve avere, di adattare la norma legale al caso speciale, se la sua opera deve essere pratica e feconda di risultati » (*Relazione*, cit., pp. 110-11).

<sup>(9)</sup> Sul progetto cfr. lo studio specifico di F. GOLTSCHÉ, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin und New York, De Gruyter, 2010; T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 2013, pp. 234-240; U. NEUMANN, *Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform*, in « Kritische Justiz », 37 (2004), 4, pp. 432-441.

<sup>(10)</sup> Secondo VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 239, si era così « infine attuata in buona parte la 'condanna a tempo indeterminato' invocata da v. Liszt ».

e che può avere il carattere di una casa di lavoro, una colonia agricola, un'istituzione privata o pubblica di beneficenza o di assistenza, come un ospizio, un ospedale o un asilo speciale riservato a certe categorie di pensionati, a seconda dell'età, delle attitudini professionali, dello stato di salute, delle disposizioni morali del reo <sup>(11)</sup>. Con questa misura, con la quale il legislatore « entendait limiter l'internement aux strictes nécessités de la défense sociale », affida al governo dei « pouvoirs discrétionnaires absolus » sull'opportunità dell'internamento e sulla durata dello stesso <sup>(12)</sup>. Emanata il 4 agosto 1933, la *Ley de vagos y maleantes* è un'« autentica legge sulla pericolosità senza delitto » <sup>(13)</sup> che recepisce *in toto* la dottrina dualista propugnata dal suo artefice Luis Jiménez De Asúa. È il positivista madrileno a ideare il provvedimento, modificando l'originario progetto governativo e stabilendo diverse ipotesi di pericolosità: alcune derivanti dal delitto, nelle quali il reato, considerato un sintomo di personalità antisociale, è sanzionato con una misura penale, avendo comunque il fine di porre il soggetto in condizione di non produrre ulteriori danni, « cioè riadattarlo o innocuizzarlo »; altre, invece, nelle quali la pericolosità è sganciata dalla commissione di un delitto. Anche in questa seconda ipotesi, per « correggere l'indice di pericolosità e per prevenire i delitti futuri », occorre adottare le misure di sicurezza come strumenti di cura, di rieducazione o di neutralizzazione. Nella legge vengono, dunque, individuate categorie di soggetti pericolosi « sulla base di attività antiso-

---

<sup>(11)</sup> Più diffusamente sulla legge cfr. T. COLLIGNON, R. VAN DER MADE, *La Loi belge de Défense sociale à l'égard des Anormaux et des Délinquants d'habitude (Loi du 9 avril 1930). Commentaire doctrinal et jurisprudentiel*, Brussels, Larcier, 1943; Y. CARTUYVELS, G. CLIQUENNOIS, *La défense sociale pour les aliénés délinquants en Belgique: le soin comme légitimation d'un dispositif de contrôle?*, in « Champ pénal/ Penal field » (En ligne), XII (2015), mis en ligne le 03 décembre 2015, consulté le 24 juin 2018. URL: <http://journals.openedition.org/champpenal/9204>; DOI: 10.4000/champpenal.9204.

<sup>(12)</sup> COLLIGNON, VAN DER MADE, *La Loi belge de Défense sociale*, cit., p. 323.

<sup>(13)</sup> L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto (La legge spagnola sui vagabondi e malviventi del 4 agosto 1933)*, in « La Giustizia Penale », 39 (1933), I, coll. 429-446 (citaz. col. 443); sulla stessa norma cfr. anche G.A. BELLONI, *La legge "de vagos y maleantes", 4 agosto 1933, e i problemi della difesa sociale*, in « La Scuola Positiva », 1934, n.s. 14, pp. 156-161. Per un inquadramento della legge nel clima culturale e politico, cfr. S. MARTÍN, *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), specie pp. 919-935.

ciali e immorali », i quali presentano come denominatore comune « il regolare orrore al lavoro e la vita parassitaria a spese della fatica altrui » (14). La « legge di difesa sociale biologica » approvata in Spagna, precisa Jiménez De Asúa, « non è un attentato al liberalismo », non implica affatto l'adesione allo spirito autoritario del diritto penale che si sta affermando in Germania, ma, al contrario, « le leggi sulla pericolosità senza delitto concordano, più che non contrastino, coi sistemi liberali », poiché consentono di superare i vecchi metodi di polizia che permettevano gravi e incostituzionali violazioni delle libertà individuali, giurisdizionalizzando entro un regolare procedimento l'applicazione delle misure preventive di sicurezza (15).

## 2. *I compromessi tra individualismo e socialità nel diritto penale.*

Questi quattro esempi dimostrano quanto le nuove teorie sulla pericolosità, le tipologie di delinquenti e le misure di sicurezza siano divenute patrimonio comune della criminalistica continentale ed abbiano aperto una breccia nel rigido formalismo del penale liberale ottocentesco. L'individualismo garantista, l'imputabilità, la certezza, la legalità e l'uguaglianza della pena, i definiti confini della giurisdizione penale sono stati modificati e reinterpretati: certo non del tutto superati o abbandonati, vista la mancata approvazione delle riforme più radicali come nei casi di Ferri e Radbruch, ma sicuramente rivisti in funzione di compromessi teorici e aperture legislative nei confronti di strategie di politica criminale orientate alla difesa sociale. Occorre però sottolineare come complessivamente le quattro riforme menzionate non compromettano del tutto le coordinate ordinamentali del diritto penale liberale, a conferma della tesi secondo la quale il riformismo criminologico, pur nelle sue diverse anime, modifica ma non stravolge il liberalismo penale. Nonostante la spinta verso una socializzazione del diritto punitivo, ovvero

---

(14) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un saggio legislativo*, cit., col. 431.

(15) Ivi, col. 446; aveva sostenuto la stessa posizione anche in ID., *Códigos del porvenir. Quinta conferencia*, in ID., *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1928, specie pp. 169-172.

un'inversione di priorità tra tutela dei diritti individuali (anche dell'imputato/condannato) e tutela della società (dai criminali), a livello normativo e codicistico il paradigma liberale non è inficiato, ma anzi conservato. Almeno formalmente, i codici penali conservano il principio di legalità, la punibilità presuppone l'imputabilità e la commissione di un fatto di reato (salvo il caso della *Ley de vagos y maleantes*), la pericolosità sociale rileva in casi e modi limitati, l'irrogazione di pene e di misure di sicurezza resta una prerogativa della giurisdizione <sup>(16)</sup>.

Oltre che dalle teorie moderniste, un duro colpo al modello del penale liberale è sferrato anche dall'emergenza bellica e dalla legislazione eccezionale di guerra. « L'uragano delle odierne necessità statali », riconosce Alfredo De Marsico nel 1918, ha modificato profondamente l'assetto delle fonti del diritto anche in ambito criminale, con poteri legislativi attribuiti al governo e con un'estensione del ruolo creativo della giurisprudenza *praeter e contra legem*: « sotto la spinta della necessità e per tramite della giurisprudenza, nel diritto penale, tradizionalmente sacro alla precisione delle norme legislative, si viene formando, accanto e contro la legge, un sistema d'interpretazioni che, col decorso del tempo e con l'accentuarsi dell'uniformità, divengono — a me sembra — insieme di norme *consuetudinarie* » <sup>(17)</sup>. In un'inattesa sinergia tra le richieste del riformismo criminologico e le necessità provocate dal conflitto, la Grande Guerra ha, dunque, contribuito a ridurre l'eccessivo individualismo a favore della funzione sociale del diritto, ha costretto il formalismo astratto ad un confronto con la fattualità del diritto, ha obbligato la scienza giuridica a riconoscere che « la vita della società è combustione, incandescenza, fluidità perenne » mentre « la legge gelida cristallizzazione » <sup>(18)</sup>. Certamente tale scontro tra difesa

---

<sup>(16)</sup> Su questo aspetto cfr., con riferimento al dibattito italiano, M.N. MILETTI, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, in « Diritto Penale Contemporaneo », 2017, 4, pp. 28-41.

<sup>(17)</sup> A. DE MARSICO, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in Id., *Studi di diritto penale*, Napoli, Alberto Morano, 1930, pp. 16, 21.

<sup>(18)</sup> Ivi, p. 18. Un'analisi simile degli effetti della guerra sul diritto penale in Germania, anche in chiave criminologica, è offerta da M. LIEPMANN, *Krieg und Kriminalität in Deutschland*, Stuttgart (u.a.), Deutsche Verlags-Anstalt (u.a.), 1930.

dell'assetto giuridico esistente, percepito ormai come una gabbia dogmatica incapace di rispondere alla fluidità dei bisogni sociali, ed apertura al cambiamento produce ripensamenti delle regole tradizionali, causa compromessi teorici e costringe la scienza penale a confrontarsi con le trasformazioni sociali in atto nel XX secolo e nel primo dopoguerra. A partire dagli anni Venti, e sempre più sul finire del decennio, quando l'avvento del fascismo e la crisi della Repubblica di Weimar fanno presagire trasformazioni radicali nell'assetto politico, parte della criminalistica avverte la gravità del passaggio da uno scontro tra scuole che si muovono però entro coordinate condivise ad un rivolgimento costituzionale del diritto penale oltre lo stato di diritto.

3. *La costituzionalizzazione del problema penale e i pericoli per lo stato di diritto.*

Quintiliano Saldaña, nella conferenza tenuta ad Amburgo nel 1922 sulle moderne concezioni del diritto penale in Spagna, considera il diritto penale un riflesso diretto delle scelte politiche e lo identifica con la politica penale, limitata, però, da norme giuridiche<sup>(19)</sup>. Le proposte dei riformatori si erano mantenute entro tale limite, che rappresenta il carattere essenziale dello stato di diritto, pur portandolo ad un estremo punto di tensione: dopo mezzo secolo di confronto dottrinale a livello internazionale la scienza giuridica riconosce come una nuova concezione del bilanciamento tra autorità pubblica e diritti individuali, tra interessi della società e garanzie personali abbia portato ad una trasformazione del quadro politico-costituzionale della giustizia criminale. L'indebolimento della legalità della pena, l'estensione di margini valutativi e decisorii di organi giurisdizionali e amministrativi, le novità processuali per ammettere e regolamentare la prova del carattere dell'imputato, la riconfigurazione dell'allocazione di poteri nella fase esecutiva della sanzione sono l'effetto del riformismo criminologico che riconfigura gli equilibri dello stato di diritto *re criminalibus*, senza, tuttavia, arrivare a

---

(19) Q. SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España: Teoría pragmática del derecho penal*, 2a ed. aumentada con notas y epílogo del autor y un prólogo de Moritz Liepmann, Madrid, Calpe, 1923, p. 67.

liquidarlo o ad attaccarlo come quadro ordinamentale di riferimento.

Il sistema che combina pene (stabilite *ex lege* con minimi aggiustamenti del giudice) e misure di sicurezza (di durata indefinita) rappresenta il compromesso teorico che permette alla criminalistica europea di aprirsi al controllo della pericolosità senza, tuttavia, minare il fondamento retributivo dell'imputabilità e le regole liberali di certezza ed eguaglianza del castigo penale. Ancora Saldaña, tuttavia, chiarisce come il doppio binario debba essere interpretato alla luce del modello costituzionale in cui opera: se il regime liberale-repressivo viene conservato, le misure di sicurezza, che nella sostanza sono pene mascherate, possono essere giustificate; se, invece, si imponesse un regime antidemocratico, allora si aprirà davvero il regno delle misure di sicurezza e sarà chiaro come la filosofia penale non sia altro che un capitolo della filosofia politica. I riformisti più radicali, continua criticamente il giurista spagnolo, chiedono ovunque con insistenza la sostituzione delle pene con le misure di sicurezza, ma « they are perhaps ignorant of the legal bearing of their scientific request, the political consequence of their penal doctrines »: non sembrano capire che nella loro denuncia contro i fallimenti repressivi stanno portando un attacco al cuore 'sacro' del sistema. Affermano di preferire la prevenzione, ma « how is it possible therefore to obtain the prevention of an offence, without touching the individual rights? » (20).

Sul finire degli anni Venti è crescente la consapevolezza che le richieste del riformismo criminologico siano giunte ad un punto di cesura con il regime liberale: non si tratta più solamente di rendere flessibile la pena per adattarla alla personalità del reo o di riconoscere la funzione (anche) rieducativa e difensiva della sanzione, ma è la stessa filosofia penale che legittima e giustifica la punizione ad essere modificata. Lo testimonia la prolusione sui *limiti* dell'individualizzazione con cui nel 1927 Alfred Overbeck inaugura a Friburgo l'anno accademico. Mentre la *strafrechtliche Individualisierung* si muove entro la cornice del modello liberale tradizionale, anche se reso più duttile dalla valutazione di una serie di fattori che tengono

---

(20) Q. SALDAÑA, *Punishment and Measure of Security (A Sequel to the Congress of Brussels)*, in « Revue internationale de Droit pénal », 4 (1927), p. 42.

conto delle specificità del caso concreto, la *kriminalpolitische Individualisierung* rinvia alla teoria positivista di un diritto penale preventivo, del delinquente e non del delitto, orientato dal criterio della pericolosità e finalizzato alla difesa della società. Entro questo nuovo paradigma, in virtù del quale l'interesse sociale deve prevalere su quello individuale, l'individualizzazione politico-criminale rischia di condurre ad un'estensione eccessiva della discrezionalità del giudice. Per impedire che la radicale contrapposizione, sia dogmatica sia politica, cui si è giunti tra la classica concezione retributiva del delitto e la moderna visione preventiva porti ad un definitivo superamento del liberalismo penale, Overbeck propone un compromesso in cui il vitale progresso del diritto penale non faccia venir meno la fedeltà alla tradizione.

Nello stesso anno un altro professore di Friburgo, Eduard Kern, riflette sui rischi del moderno concetto di specialprevenzione per le garanzie individuali: mentre la pena, classicamente intesa come reazione pubblica contro colpevoli violazioni della legge finalizzata alla conservazione dell'ordine giuridico e dell'autorità dello stato, ha un fine eminentemente retributivo, la prevenzione speciale è realizzata dalle misure di sicurezza applicate accanto alla (o al posto della) pena <sup>(21)</sup>. Il problema più discusso e più delicato nel regime del doppio binario è, secondo Kern, quello dell'organo competente a pronunciare le misure di sicurezza: la scelta tra giudice penale e autorità amministrativa incide in modo rilevante sulla fondamentale e irrinunciabile eredità liberale della separazione dei poteri <sup>(22)</sup>. L'introduzione del doppio binario proposta dal progetto del 1925 di riforma del codice penale tedesco presenta, dunque, il vantaggio di far mantenere alla pena la sua tipica funzione retributiva ed i suoi caratteri di certezza e proporzionalità alla gravità del fatto e alla colpa, rinviando alle misure ogni considerazione sulla pericolosità del soggetto ed evitando che il giudice utilizzi la pena per scopi di sicurezza che le sono estranei. Occorre, tuttavia, difendere la giurisdizionalizzazione delle misure stesse <sup>(23)</sup>: la migliore

---

<sup>(21)</sup> E. KERN, *Der Strafrichter im Dienst der Spezialprävention*, in Id., *Zur Strafrechtsreform. Drei Vorträge*, Mannheim-Berlin-Leipzig, J. Bensheimer, 1927, p. 46.

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 47.

<sup>(23)</sup> Ivi, p. 61.

tutela per i diritti dell'individuo consiste *in primis* nella precisa limitazione legislativa dei presupposti del provvedimento e, soprattutto, nell'affidare esclusivamente al giudice, organo indipendente e subordinato solo alla legge, la valutazione sull'opportunità e la durata della misura <sup>(24)</sup>.

Con analoga preoccupazione per l'assetto costituzionale della giustizia penale, Heinrich Drost scrive nel 1930 che il principio della *Individualprävention* tende a spostare il centro di gravità dalla legge verso il giudice e i funzionari esecutivi, con un allargamento della discrezionalità senza precedenti nelle esperienze post-illuministiche. Occorre pertanto porre dei limiti al processo di individualizzazione, poiché la rinuncia a fattispecie generali in considerazione della diversità e particolarità di ogni fatto, e l'abbandono dell'uniformità penale in nome della personalizzazione del trattamento, producono « *der Verzicht auf generelle Normen überhaupt, wäre die Auflösung des Rechtsgedankens, wäre Anarchie* » <sup>(25)</sup>. Le trasformazioni sociali che hanno portato al superamento del *Gesetzesstaates* di stampo illuministico, si traducono in un utilizzo crescente di concetti giuridici fluidi ed in una violazione sempre più marcata del *Legalitätsprinzip*, con il diffondersi di leggi la cui applicazione implica un margine di valutazione discrezionale rispetto alle norme imperative vincolanti per l'attività burocratico-amministrativa e con la pretesa da parte della giurisprudenza di creare diritto surrogando il legislatore. Tale movimento ha portato, secondo Drost, ad una cancellazione « *der Grenzen zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung* » e vuole annullare anche quelli « *zwischen Justiz und Verwaltung* ». L'applicazione giudiziale di misure individualizzate in base ad una diagnosi crimino-psicologica della pericolosità e ad una prognosi rieducativa conduce a sostituire l'amministrazione della giustizia con una *materiell Verwaltung*: la separazione dei poteri svanisce, « *der Rechtsstaat ist auf dem Wege, sich in einem sozialen Verwaltungsstaat umzuwandeln* ». Nella ricerca di un nuovo bilanciamento tra libertà e legame sociale, tra *Individualität* e *Gemeinschaft*, i confini dello stato di diritto e della separazione dei poteri

---

<sup>(24)</sup> Ivi, p. 55.

<sup>(25)</sup> H. DROST, *Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 21.

non possono, tuttavia, essere superati per lasciare spazio a un generale diritto penale della prevenzione fondato su principi « missverständlich, staatspolitisch gefährlich und kriminalpolitisch unrichtig »<sup>(26)</sup>.

Nel 1931 anche il lisztiano Eberhard Schmidt riflette sui rischi di un abbandono dei tradizionali valori costituzionali nel diritto penale e sull'alternativa tra evoluzione o rivoluzione nello sviluppo del diritto penale tedesco<sup>(27)</sup>, alla luce dell'avvento del fascismo in Italia e della codificazione del 1930<sup>(28)</sup>, dell'emanazione del codice penale della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa entrato in vigore il 1° gennaio 1927<sup>(29)</sup> e dell'ascesa del partito nazionalsocialista in Germania. Pur riconoscendo la validità dell'impegno del movimento riformista nel sostituire il diritto penale individualistico di fine Settecento con quello individualizzante, Schmidt, in linea con Radbruch, rimarca come la scuola sociologica non proponga però una rottura radicale con i principi dell'illuminismo penale e del liberalismo. Il diritto penale di riforma sociale resta ancorato alla tradizionale « rechtsstaatliche Funktion », e si accom-

---

<sup>(26)</sup> H. DROST, *Das Ermessen des Strafrichters: zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlin, Heymann, 1930 p. 212.

<sup>(27)</sup> E. SCHMIDT, *Strafrechtsreform und Kulturkrise*, Tübingen, Mohr, 1931, pp. 15, 20.

<sup>(28)</sup> Schmidt (ivi, pp. 18-19) sottolinea la distanza del codice Rocco dagli orientamenti della riforma penale tedesca: per una dittatura che vuole esaltare la potenza irresistibile dello stato, le idee di risocializzazione e comprensione benevola del fatto di reato sono inaccettabili. Il criminale è in primo luogo il nemico del regime statale, contro il quale gli obiettivi più importanti sono l'intimidazione e la neutralizzazione; la forza e la sicurezza dello stato trionfano sull'idea di assistenza sociale cui mira il riformismo penale della scuola sociologica.

<sup>(29)</sup> Ivi, pp. 16-17. Per un quadro delle caratteristiche di questo codice prodotto della rivoluzione sovietica, che consente l'analogia, accoglie il principio di responsabilità legale proposto dai positivisti, e commina misure di difesa sociale a chiunque abbia commesso un'azione socialmente pericolosa, ovvero, ex articolo 1, « diretta contro lo Stato Sovietico o contro l'ordine pubblico stabilito dal Governo degli Operai e dei Contadini come passaggio per l'attuazione dello Stato comunista », cfr. M. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), specie pp. 1127-1133 e bibliografia ivi citata; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des états autoritaires*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, pp. 142-197.

pagna ad una modifica in senso liberale del processo penale <sup>(30)</sup>. Certo con lo sviluppo dello stato sociale sono cambiati i rapporti tra cittadino e stato, diversa è l'idea di libertà individuale, diverse la presenza e la funzione dei pubblici apparati nella vita dei privati, diversi i limiti di efficacia dello stato di diritto, e questa maggiore attenzione alla dimensione sociale del singolo non può non avere ricadute nel penale sulle idee di risocializzazione e prevenzione speciale. Tale differente approccio, tuttavia, non significa rinnegare l'idea di libertà individuale né i capisaldi dello stato di diritto. Schmidt, preoccupato per il fallimento dei progetti di riforma e per l'indebolimento della cultura giuridica che li aveva animati, vede dunque il pericolo che al progresso del sistema penale in fedeltà ai valori costituzionali si preferisca una rottura con il passato: teme che 'la slavina' del nuovo orientamento dottrinale che accusa l'eccessiva mitezza della giustizia penale e invoca maggiore sicurezza contro i delinquenti professionali e recidivi, seppellisca definitivamente la via 'moderata' del riformismo <sup>(31)</sup>.

#### 4. *Max Grünhut e l'evoluzione del diritto penale tedesco tra il 1920 e il 1933.*

Max Grünhut, ordinario di diritto penale all'Università di Jena nel 1925 e poi di Bonn nel 1928, allievo del lisztiano Moritz Liepmann, membro dell'Unione Internazionale di Diritto Penale e particolarmente sensibile ai temi del riformismo criminologico, spogliato del proprio ruolo accademico dalla legge del 1° ottobre 1933 in quanto non ariano e approdato poi all'All Souls College di Oxford nel 1939 <sup>(32)</sup>, nel 1944 traccia con sguardo retrospettivo un lucido disegno degli sviluppi del sistema penale tedesco tra la fine della prima guerra mondiale e l'ascesa al potere del partito nazio-

---

<sup>(30)</sup> SCHMIDT, *Strafrechtsreform*, cit., p. 15.

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 23. Sono le posizioni presentate all'IKV del 1930, consultabili in *Mitteilungen der IKV*, Neue Folge, 4. Band, 1930, p. 111 e ss.

<sup>(32)</sup> Sulla biografia sua e di Mannheim e sul loro ruolo nello sviluppo della criminologia nel Regno Unito, cfr. R. HOOD, *Hermann Mannheim (1889-1974) and Max Grünhut (1893-1964)*, in *Jurists Uprooted. German Speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, J. Beatson, R. Zimmermann (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 709-738.

nalsocialista<sup>(33)</sup>. Nella riflessione di Grünhut il problema costituzionale della riforma penale è centrale. Egli sottolinea, in principio, come la scuola sociologica di Liszt non abbia mai raccomandato l'abbandono delle ordinarie garanzie giuridiche e la sostituzione del diritto penale con misure amministrative di pubblica sicurezza dal carattere non sempre definito, ma abbia, anzi, sempre sostenuto che le misure penali, tanto repressive quanto preventive, debbano essere governate da tre saldi principi costituzionali: il *nulla poena sine lege*, il principio per cui nessuno può essere punito solo perché è considerato socialmente pericoloso ma senza aver commesso un reato, il principio di legalità e tassatività delle fattispecie<sup>(34)</sup>. Nel primo dopoguerra, per reagire all'aumento della criminalità indotta dagli sconvolgimenti sociali e dalla crisi economica, il diritto penale si apre agli studi sulle cause socio-economiche del crimine uscendo dal suo isolamento culturale e, mentre si lavora ad una complessiva opera di riforma dei codici, vengono, per un verso, introdotte puntuali misure legislative per correggere alcuni specifici ambiti della giustizia penale<sup>(35)</sup>, e, per altro verso, si assiste ad un incremento della discrezionalità dei giudici e ad una supplenza giurisprudenziale nell'adeguamento del diritto penale alle mutate concezioni della pena e del reato. Entrambe le tendenze, che portano ad una mitigazione del diritto penale solo in parte controbilanciata dalla crescente severità di leggi emergenziali, introducono riforme che sono però ancora compatibili con la tradizionale dottrina retributiva, solo resa più flessibile: proposte più radicali come l'introduzione della condanna condizionale o, ancor più, dell'*indeterminate sen-*

---

(33) M. GRÜNHUT, *The development of the German Penal System 1920-1932*, in « The Canadian Bar Review », 22 (1944), pp. 198-252.

(34) Ivi, pp. 205-206.

(35) Tra queste misure sono da annoverare, ad es., l'abolizione delle pene detentive brevi, la sospensione della pena, l'introduzione di misure alternative alla detenzione (pene pecuniarie), e poi, soprattutto, i provvedimenti sulla giustizia minorile orientati alla rieducazione (*Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt* del 9 luglio 1922 — in vigore dal 1924 — e *Jugendgerichtsgesetz* del 16 febbraio 1923) e l'approvazione dei principi per la riforma del sistema penitenziario (*Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen* del 7 giugno 1923) ispirati alla riabilitazione e responsabilizzazione del detenuto, al lavoro e al sistema progressivo, diversamente attuati poi da provvedimenti dei singoli stati del Reich.

*tence* adottata negli Stati Uniti, non trovano accoglimento perché « struck at the root of the whole penal system and required a decision in matters of principle »<sup>(36)</sup>.

Grünhut, che pure non risparmia una garbata critica al sistema penitenziario progressivo che ha giustificato « every kind of relaxation of the prison discipline, even without a corresponding increase in the prisoner's personal responsibility and self-control »<sup>(37)</sup>, considera i progetti di riforma dei codici che si sono susseguiti tra il 1913 e il 1930, fino al definitivo stallo provocato dal rifiuto dei partiti della destra di continuare a cooperare in ambito legislativo e dai ripetuti scioglimenti del Parlamento nel 1932, come certamente influenzati dalle idee criminologiche, temperati, tuttavia, dai compromessi politici. La questione cruciale che caratterizza tale fase riformista, compresa tra il 1920 e l'avvento del Terzo Reich nel 1933, è individuata da Grünhut nell'equilibrio costituzionale tra potere legislativo, giudiziario, amministrativo: ricorrendo a concetti flessibili e formule generiche, le corti hanno spesso anticipato scelte ed interpretazioni, ad esempio in tema di imputabilità, riprese poi da successive leggi. Tra i sostenitori e gli avversari delle riforme, « the legal position of the judge in relation to statutory provisions became the crucial issue », e sebbene in vigenza del vecchio codice « the courts inclined more and more towards a wide interpretation of the statute », Grünhut precisa come la regola *nulla poena sine lege* sia rimasta, anche nei progetti di codice, « the ultimate limit »<sup>(38)</sup>. In linea con l'indirizzo europeo e nordamericano, il giurista tedesco riconosce come i cambiamenti del diritto e della procedura penale in Germania, spesso sospinti da una giurisprudenza maggiormente capace di leggere le necessità sociali rispetto all'inerzia del legislatore, siano orientati alla nuova tendenza sociale come reazione al formalismo individualista del liberalismo classico. Tanto l'accettazione delle idee lisztiane sulla prevenzione penale e la protezione della società attraverso la differenziazione del trattamento dei rei, che hanno condotto ad un'estensione sia della funzione valutativa

---

(36) GRÜNHUT, *The development of the German Penal System 1920-1932*, cit., p. 222.

(37) *Ibidem*.

(38) *Ivi*, p. 234.

dei magistrati sia della discrezionalità amministrativa, quanto le misure emergenziali hanno rafforzato le pretese della comunità a spesa dei diritti individuali.

Merito della criminalistica tradizionale è stato, tuttavia, quello di aver saputo riconciliare queste nuove tendenze con il rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali dello stato di diritto, in particolare la legalità della pena e la colpevolezza determinata solo da leggi in vigore. La distinzione concettuale e pratica tra pene e misure di sicurezza, che riserva solo a queste ultime un regime di ridotte garanzie rispetto alle prime, la riflessione sulla necessità di estendere le tutele per il reo anche alla fase esecutiva sottoponendola al controllo giudiziale, il rifiuto delle teorie deterministe e la difesa dell'indispensabile presupposto della responsabilità penale, e, infine, il fatto che la giustizia penale sia amministrata quasi esclusivamente da giudici hanno garantito il fondamentale rispetto del *rule of law*, nonostante il crescente ruolo di tribunali amministrativi indipendenti. Il diritto penale tedesco del primo dopoguerra, conclude Grünhut, può essere descritto come la ricerca di un nuovo equilibrio tra le due opposte spinte del cambiamento sociale e della tradizione giuridico-costituzionale. « New social requirements had to be cast into legal form »<sup>(39)</sup>: lo sviluppo del sistema penale in Germania tra il 1920 e il 1933 rappresenta « a valuable legislative precedent of how to reconcile the satisfaction of new social needs with the respect for constitutional forms »<sup>(40)</sup>. È la tensione fondamentale sollevata dalle correnti riformiste criminologiche, con la quale si devono confrontare tutti gli stati e non solo la Germania, perché se, da un lato, il moderno diritto penale non può rinunciare a « new measures of protection and prevention », d'altro lato « it must always preserve its strictly legal character »<sup>(41)</sup>.

##### 5. *Verso l'interruzione del percorso riformatore.*

Nessun cenno, nel testo di Grünhut, né alle trasformazioni di politica criminale né agli interventi legislativi realizzati dal nazismo:

---

<sup>(39)</sup> Ivi, p. 251.

<sup>(40)</sup> Ivi, p. 252.

<sup>(41)</sup> Ivi, pp. 251-252.

volutamente la sua analisi si ferma alle soglie della presa del potere da parte di Hitler, considerando questo avvenimento una netta cesura con lo sviluppo, lento ma progressivo, del percorso riformatore. Come spiegano Radzinowicz e Turner nella nota introduttiva all'articolo, il nazismo ha assunto tra i suoi principali obiettivi di politica interna « the destruction of the system of criminal justice which had so far developed », e pertanto, non appena la guerra sarà vinta, si dovrà avviare l'opposto processo di « liquidation of the Nazi system of criminal justice » (42). Terminata la parentesi totalitaria, del tutto eccezionale rispetto alla traiettoria del moderato e graduale riformismo criminologico degli anni 1920-1932 descritto da Grünhut, « the work of penal reconstruction », in Germania come negli altri paesi comunque toccati dalla folle violenza nazista e dall'emergenza bellica, potrà e dovrà ripartire da quel percorso interrotto (43). Ricostruirne le vicende storiche, comprenderne lo spirito, le tensioni interne, i compromessi raggiunti e i risultati acquisiti serve, dunque, per riavviare il discorso riformatore che il nazismo aveva non solo non proseguito, ma anzi bruscamente troncato con una netta inversione repressiva e regressiva (44). La lettura di Grünhut e Radzinowicz, così come poi sarà quella di Jiménez De Asúa (45), Mannheim (46) e altri protagonisti del rifor-

---

(42) L. RADZINOWICZ, J.W.C. TURNER, *English Studies in Criminal Science. The Development of the German Penal System 1920-1932. Introductory Note*, in « The Canadian Bar Review », 22 (1944), p. 196.

(43) *Ibidem*.

(44) Nel denso volume *Penal Reform. A Comparative Study* (Oxford, Clarendon Press, 1948) pubblicato nel 1948, ma ultimato nel novembre 1946 come si legge nella *Preface*, Max Grünhut esamina i risultati conseguiti e gli errori commessi dal riformismo criminologico e penitenziario in Europa e negli Stati Uniti, tracciandone le possibili linee di sviluppo futuro: non una parola è dedicata al fascismo in Italia e al nazismo in Germania, al delicatissimo e discusso tema del rapporto (di continuità, sfruttamento, o rottura) tra questi regimi e il riformismo criminologico.

(45) Cfr. in particolare L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista*, in « El Criminalista », 7 (1947), pp. 63-186, nel quale è sottolineata (p. 113) la distanza tra l'attenzione alla personalità del reo proposta dal riformismo criminologico e l'esaltazione, invece, della volontà criminale del reo (rivelata dai suoi comportamenti esterni e dai fatti) che caratterizza il diritto penale nazista.

(46) Ad es. in H. MANNHEIM, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, London, Kegan Paul *et al.*, 1946.

mismo pre-totalitario che cercheranno nel secondo dopoguerra di riprendere le fila del discorso criminologico interrotto dalle dittature (specie quella nazista) e dal conflitto bellico, considera il diritto penale dei regimi autoritari una parentesi che nulla ha a da spartire con il movimento riformatore precedente <sup>(47)</sup> e che deve, anzi, una volta terminata questa fase terribile di cui neppure vale la pena parlare, riprendere il suo corso e la sua funzione di civilizzazione del sistema criminale e punitivo.

Nel 1933, alle soglie della salita al potere di Hitler, Franz Exner analizza gli sviluppi e le prospettive del diritto penale in Germania ed osserva un progressivo abbandono del sistema penale individualistico, una trasformazione della « liberal criminal practice

---

<sup>(47)</sup> Solo la legge del 24 novembre 1933 contro i delinquenti abituali pericolosi (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) è considerata non una scelta propria del nazismo, ma il risultato di un lungo percorso riformatore che ha coinvolto la dottrina tedesca entro il dibattito internazionale sulla costruzione del doppio binario come alternativa europea alla pena indeterminata statunitense; in questo senso cfr. GRÜNHUT, *Penal Reform*, cit., pp. 386-403; ID., *La custodia di sicurezza nel diritto penale germanico*, in « Rivista di diritto penitenziario » [Studi in onore della Rivista per l'inizio del suo secondo lustro di vita], VI (1935), 1, pp. 216-235; H. MANNHEIM, *The German Prevention of Crime Act, 1933*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology », 26 (1935), 4, pp. 517-37; R. VON HIPPEL, *La legge sui delinquenti abituali del 24 novembre 1933*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 2, pp. 245-250, il quale (p. 246) fa riferimento al fatto che con la custodia di sicurezza per il delinquente abituale pericoloso « è stata accolta una pressante antica richiesta di riforma e, speriamo, è stata anche respinta l'errata aspirazione ad una pena indeterminata in luogo della custodia di sicurezza ». La custodia di sicurezza, che poteva essere retroattivamente applicata anche a imputati il cui procedimento penale era ancora in corso o a criminali già detenuti per crimini commessi prima dell'emanazione della legge, fu ampiamente utilizzata da parte del regime nazista, specie nei primi due anni di funzionamento dell'istituto e poi nel 1938, cfr. I. BAUMANN, *Dem Verbrechen auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland*, Göttingen, Wallstein, 2006, pp. 84-88; A. DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 97; ID., *Dangerousness, Long Prison Terms, and Preventive Measures in Germany*, in « Champ pénal/Penal field » (en ligne), VI (2009), mis en ligne le 24 octobre 2009, consulté le 03 juin 2018. URL: <http://journals.openedition.org/champpenal/7508>; DOI: 10.4000/champpenal.7508, p. 8; N. WACHSMANN, *From Indefinite Confinement to Extermination. "Habitual Criminals" in the Third Reich*, in *Social outsiders in Nazi Germany*, R. Gellately, N. Stoltzfus (eds.), Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 165-191.

into a social one » (48). Tale tendenza può essere intesa in senso positivo, se si enfatizza l'idea del trattamento educativo dei delinquenti correggibili e della protezione della società contro gli incorreggibili. L'abbandono del modello liberale, tuttavia, comporta anche la ricaduta negativa della « partial abolition of many a guarantee of individual freedom, which formerly was considered as indispensable », visibile soprattutto, per un verso, nella « *extension of judicial determination* » in forza della quale un individuo, più di quanto non succedesse prima, è esposto ad un giudizio e pertanto all'eventuale arbitrio di organi dello stato e, per altro verso, nell'allargamento di poteri amministrativi (49). Il distacco dal paradigma dello stato di diritto liberale è evidente soprattutto nella procedura penale, con l'abbandono della giuria, le limitazioni di diritti processuali, la restrizione della pubblicità del processo, la riduzione della possibilità di appello, le limitazioni del potere del giudice di utilizzare gli argomenti della difesa, e il potere più dilatato riconosciuto alla pubblica accusa (50). Exner conclude profeticamente che « if the time does not deceive us, the convictions, which dominate a large part of the German youth, will strengthen this development of the German practice of criminal law toward a direction opposite to individualism » (51). In effetti, proprio in quello stesso anno, saranno i giovani penalisti della scuola di Kiel (52) a teorizzare il definitivo superamento del liberalismo penale, non più compatibile con la visione politica e costituzionale del nazionalsocialismo.

---

(48) F. EXNER, *Development of the Administration of Criminal Justice in Germany*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology », 24 (1933), 1, p. 258.

(49) Ivi, p. 259.

(50) Tale cambiamento radicale dei principi che governano la procedura penale rappresenta comunque, secondo Exner (*Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach Amerika*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 54, 1935, p. 358), uno dei meriti della dottrina tedesca rispetto, per esempio, al sistema americano.

(51) *Ibidem*.

(52) Cfr. B. FELDMÜLLER-BÄUERLE, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, Hamburg, Kovač, 2010; E.R. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 197-213.

6. 1933: *La formulazione del paradigma autoritario.*

Nel 1933 Georg Dahm, ventinovenne, e Friedrich Schaffstein, ventottenne, pubblicano il manifesto del diritto penale autoritario per uno 'stato totale' (53); il tema è poi ulteriormente sviluppato da Dahm in un articolo pubblicato nello stesso anno (54). Nel programma dei due giovani giuristi la questione penale assume chiaramente il carattere di svolta costituzionale: il duro attacco al liberalismo si basa sulla nuova concezione del rapporto tra potere dello stato e diritti individuali. Nel primo dopoguerra e fino agli anni Trenta, come visto, tra i criminalisti era maturata la consapevolezza che il modello liberale avesse raggiunto il punto di rottura, modificato dal movimento per l'individualizzazione. Tuttavia il percorso verso la piena attuazione delle idee riformatrici non era mai stato portato a compimento per le contraddizioni interne al pensiero criminologico, le tensioni con i principi del penale liberale più resistenti al cambiamento nella mentalità di giuristi e giudici, la mancanza di seri e credibili criteri scientifici di valutazione dei reati, e per la scarsa cultura criminologica di giudici e operatori dell'amministrazione penitenziaria. I risultati incompleti del movimento di riforma, specie in Italia e Germania, avevano favorito la crescita di una cultura penale molto critica nei confronti dei fallimenti causati dalla combinazione di individualismo e individualizzazione. Il ritorno ad un approccio più formalistico e normativistico, così come il recupero del retributivismo e della certezza della pena, invocati da Dahm e Schaffstein, segnano una chiara contrapposizione con l'ideale criminologico di una scienza penale integrata con altri saperi. In modo particolare, le riforme progressiste sono accusate di essere la causa dell'eccessiva mitezza nei confronti dei criminali e

---

(53) G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933; per una sintesi dei contenuti cfr. K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 101 e ss.; M.A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, Cedam, 1998, pp. 201-210.

(54) G. DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, in « *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* », 24 (1933), pp. 162-80.

dell'indebolimento del potere e dell'autorità sia della legge sia dello stato.

Dahm e Schaffstein affermano che i fondamenti del diritto penale sono divenuti incerti e che non si tratta più solamente di uno scontro tra scuole, ma di una contrapposizione più radicale tra teorie del diritto penale liberali, socialiste e autoritarie. Il tempo è maturo per un ripensamento complessivo del sistema penale che miri a sostituire il formalismo con una prospettiva teleologica <sup>(55)</sup>. La diffusione dell'ideale special-preventivo promosso dai riformisti aveva trovato espressione in una unilaterale tendenza alla mitigazione delle sanzioni perché delle due facce della prevenzione, ovvero la riabilitazione e la sicurezza, solo la prima era stata realmente attuata. I motivi di tale acritica mitezza sono dovuti, secondo Dahm e Schaffstein, all'alleanza rovinosa tra liberalismo e socialismo che ha caratterizzato i decenni a cavaliere tra Otto e Novecento e che trova la sua più limpida manifestazione, sul piano politico e parlamentare, nella Repubblica di Weimar. Idee sociali del diritto penale possono svilupparsi — sostengono i due penalisti — solo entro i confini dell'ideale liberale di libertà: pertanto il liberalismo penale può accettare l'idea rieducativa e rinunciare alla certezza della pena, ma solo a condizione che il principio *nulla poena sine lege* sia mantenuto, il libero arbitrio non sia messo in discussione e tutti i delinquenti siano ritenuti riformabili (condizione che implica, per esempio, il rifiuto dell'idea di una predisposizione genetica al crimine). Liberalismo e socialismo, le due più importanti dottrine politiche del periodo postbellico, avrebbero, dunque, trovato un compromesso che garantisce all'individuo i maggiori privilegi, ma che risulta incoerente con le condizioni storiche di alta inflazione e disoccupazione determinate dalle conseguenze del conflitto bellico <sup>(56)</sup>.

La crisi del diritto penale si sostanzia nella dissoluzione della separazione dei poteri, il più tipico dei principi liberali. La decadenza del parlamento, trasformato in una « politische Körperschaft » che, preoccupata soprattutto di controllare l'azione dell'ese-

---

<sup>(55)</sup> Sul punto cfr. O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, pp. 285-291.

<sup>(56)</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., pp. 10-18; DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., pp. 173-174.

cutivo, ha trascurato la propria funzione legislativa o l'ha esercitata per compiacere gli elettori <sup>(57)</sup> ha portato ad un'estensione del potere supplente del giudiziario nell'adeguare le norme, per via interpretativa, alle nuove esigenze sociali. Tale accresciuto potere del giudiziario è visibile nella riforma della fase esecutiva della pena, nel cambiamento nei principi di commisurazione della sanzione, nella formulazione di fattispecie vaghe, nell'interpretazione teleologica di concetti giuridici, nello sviluppo di cause di antigiuridicità extra-legislative, nella valutazione dell'irragionevolezza dell'agente come causa di esclusione della colpevolezza, e trova un parallelo anche teorico nel prevalere della *Interessenjurisprudenz* rispetto alla *Begriffsjurisprudenz*. Una trasformazione che mina l'equilibrio della tripartizione dei poteri, ma che ancora trova un estremo ancoraggio al modello liberale grazie al limite invalicabile del principio di legalità, previsto dal § 2 del codice penale e costituzionalizzato nella *Verfassung* weimariana: è, tuttavia — accusano Dahm e Schaffstein — un'estensione di poteri del giudiziario che opera solo a vantaggio del singolo e a scapito dello stato <sup>(58)</sup>.

Il rimedio a tale degradante condizione della giustizia penale consiste in un ritorno alla prevenzione generale, all'idea di retribuzione e di deterrenza, ed in un ripensamento del fine rieducativo coerente con la visione dello stato totale nazionalsocialista. Invece che riconoscere al giudice ancora più potere nell'ambito della prevenzione speciale, Dahm e Schaffstein chiedono di ristabilire la tripartizione dei poteri nel diritto penale, cosa che implica il dovere dello stato di reagire duramente (ma non brutalmente) contro i

---

<sup>(57)</sup> Sulla crisi del parlamentarismo in età weimariana cfr. E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva* (1929), in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Roma, Edizioni lavoro, 1982, pp. 89-104, specie p. 93: « In ciò va visto il secondo segno di logoramento (anch'esso non previsto dai padri della costituzione) del potere del parlamento: nel fatto, cioè, che il potere giudiziario ha esteso talmente il suo campo d'azione che esso non è più solo l'esecutore della volontà della legge, ma tende sempre più a considerare le norme positive come un fastidioso imbrigliamento della propria attività, e a giudicare sempre meno in base a criteri desunti dal diritto vigente e sempre più in base al sentimento di giustizia di volta in volta dominante ».

<sup>(58)</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 32. Nello stesso senso cfr. DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., pp. 169-170.

delinquenti per generare un popolare sentimento di giustizia. Occorre ritrovare un equilibrio nella politica criminale tra idea rieducativa e idea di sicurezza, tra prevenzione speciale e generale: se, infatti, la generalprevenzione serve per rafforzare nella collettività il sentimento di giustizia e la convinzione di uno stato forte, è importante che anche lo scopo della pena rieducativa non sia un generico e neutrale reinserimento sociale, « sondern die Eingliederung des Gefangenen in den nationalen und sozialen Staat »<sup>(59)</sup>, la sua adesione allo stato totale etico<sup>(60)</sup>. Gli obiettivi dell'esecuzione orientata alla rieducazione, scrivono Dahm e Schaffstein, sono essenzialmente tre: essa deve, per prima cosa, rispecchiare la concezione autoritaria dello stato e l'idea di nazione che plasmeranno in futuro lo stato tedesco; deve, in secondo luogo, essere utilizzata, nei limiti del possibile, per conservare il sentimento di rispetto nei confronti dei tradizionali valori della cultura tedesca; infine, dovrà mettere in primo piano l'idea di *Volksgemeinschaft*, dell'unione di tutti i tedeschi che, inconciliabile con la lotta di classe, supera le differenze di status, classe, ricchezza<sup>(61)</sup>.

Gli scritti di Dahm e Schaffstein del 1933 pongono le basi teoriche per la costruzione di un diritto penale autoritario che si caratterizza per la contrapposizione dura al modello liberale, ma che ancora non coincide *in toto* con quelli che, a breve, diverranno i tratti tipici del penale totalitario nazista<sup>(62)</sup>. Non a caso Dahm elogia il codice Rocco come modello da imitare perché segna il ritorno ad un'ideologia retributivo-repressiva che rafforza la difesa dello stato, delle sue istituzioni e dei beni giuridici che ne manifestano l'autorità<sup>(63)</sup>. Secondo i due giovani giuristi tedeschi, la teoria del diritto

---

<sup>(59)</sup> DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., p. 177.

<sup>(60)</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., pp. 40-49; sull'importanza di tale concetto nella costruzione dogmatica del penale nazista cfr. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, cit., pp. 289-292.

<sup>(61)</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 48.

<sup>(62)</sup> In questo senso cfr. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., pp. 209-210.

<sup>(63)</sup> DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., p. 168. Sulla 'dimensione costituzionale' della giustizia penale durante il fascismo e sulla sua impronta autoritaria, quella nella quale Dahm nel 1933 vede un esempio a cui ispirarsi, cfr. L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di Id., Roma, Donzelli, 2015, pp. X-XIX.

penale autoritario mira non ad indebolire il 'liberale' principio della separazione dei poteri, ma piuttosto a ristabilirlo come reazione contro le contaminazioni del positivismo criminologico. La loro lettura del riformismo è certamente troppo semplificante e in parte distorta: se, infatti, è vero che esso ha accentuato il ruolo della prevenzione sulla repressione, non si è, invece, tradotto in una reale mitigazione delle pene o in un generale indebolimento della tutela penale (64). Tuttavia, ciò che qui preme sottolineare in questi scritti programmatici del 1933 è la critica all'individualizzazione come fattore di crisi del penale per l'indebolimento della separazione dei poteri e per l'eccessiva discrezionalità attribuita ai giudici. La richiesta di riaffermare un modello retributivo, con un ruolo più limitato della giurisprudenza, è dunque funzionale alla costruzione del penale 'forte' del regime, in rottura con le teorie 'deboli' del riformismo weimariano. In questo senso deve essere interpretata la difesa del principio di legalità che si legge in chiusura di *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*: il principio *nulla poena sine lege*, fino a quel momento inteso in senso garantistico a favore dell'autore del reato secondo la fondamentale concezione liberale (65), non deve essere abbandonato perché la limitazione del giudice entro i termini della legge corrisponde anche alla concezione autoritaria dello stato. Lo stato non può lasciare alla discrezione dei magistrati la scelta fondamentale sui confini della punibilità: le idee liberali dello stato di diritto e la visione conservatrice-autoritaria trovano un inconsueto

---

(64) Cfr., in questo senso, G. ASCHAFFENBURG, *Neue Horizonte?*, in « Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform », 24 (1933), pp. 162-180, che vede possibili linee di convergenza tra il penale autoritario progettato da Dahm e Schaffstein e le richieste avanzate (ma ancora non realizzate) dal riformismo criminologico: se le misure di sicurezza saranno finalmente introdotte, il codice penale diventerà la *magna charta* non dei delinquenti ma dei cittadini pacifici e onesti, proteggendoli da criminali pericolosi e recidivi (p. 161).

(65) Cfr. ad es. M. ANCEL, *La règle "nulla poena sine lege" dans les législations modernes*, in « Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 2 (1936), pp. 251-255; Id., *A propos de quelques discussions récentes sur la règle "nulla poena sine lege"*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2 (1937), 1, pp. 670-678; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, estr. da « Giurisprudenza Italiana », XCI (1939), Torino, Utet, 1939, specie pp. 36-48 e pp. 104-126.

punto di accordo proprio sulla limitazione dei poteri giudiziari<sup>(66)</sup>. È evidente la torsione illiberale del *nulla poena*, il capovolgimento della sua giustificazione teorica e lo svuotamento dell'originario significato garantistico<sup>(67)</sup>, ma è altrettanto chiaro il senso di un recupero della legalità e certezza della pena come reazione all'individualizzazione e indeterminatezza della sanzione stessa prodotte dal movimento riformatore di matrice criminologica.

È probabilmente Wilhelm Gallas, nella prolusione berlinese del 1933, a cogliere in modo chiaro la più profonda novità degli scritti programmatici sull'*autoritäres Strafrecht*: la radice dell'insoddisfazione verso il riformismo lisztiano, considerato non più conforme alle necessità dei tempi nuovi e colpevole della condizione di inefficacia della giustizia, non è la mitigazione delle sanzioni, cui peraltro non è corrisposto alcun aumento della criminalità, né l'inadeguato trattamento che il legislatore ha previsto per i delinquenti abituali e professionali, né, infine, l'attuazione solo parziale delle proposte della scuola sociologica, con generalizzate misure di favore per i rei non compensate da misure di sicurezza per i delinquenti pericolosi. La causa della crisi del sistema penale è, per Gallas, la crisi dello stato. Non, dunque, un problema di politica criminale ma di *Staatsgedanken*. La volontà di superare la concezione 'debole' di stato senza un solido fondamento etico-politico, senza idee unificatrici, relativistico e pluralistico — tipico del primo dopoguerra e del periodo weimariano — impone un ripensamento della legittimazione del potere pubblico e quindi, di conseguenza, anche del potere punitivo che ne è tipica manifestazione<sup>(68)</sup>. La vera

<sup>(66)</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 52.

<sup>(67)</sup> Cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 817-850, ed ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., II, specie pp. 1025-1034; S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, pp. 575-616; da ultimo G.P. TRIFONE, *L'elemento politico nell'interpretazione della legge penale secondo la dottrina del periodo fascista*, in « Historia et Ius », 2018, 13, paper 9.

<sup>(68)</sup> W. GALLAS, *Die Krise des Strafrecht und ihre Überwindung im Staatsgedanken*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 53 (1934), pp. 11-18. La 'umanizzazione' degli ultimi anni criticata da Dahm e Schaffstein non è dovuta all'idea di specialprevenzione espressione di un socialismo individualista, ma si spiega per il fatto

sfida lanciata dalla scuola di Kiel deve consistere nel dare un nuovo contenuto etico alla pena educativa proposta da Liszt: solo sul fondamento di una concezione organica dello stato totale, nella quale vi è sintesi tra *Volksgemeinschaft* e *Staat* e la nazione personificata nello stato, inteso come destino, comunità di cultura e portatore di valori immanenti è fonte, senso e giustificazione della manifestazione di potenza dello stato stesso, si lascerà costruire un diritto penale della educazione non più ispirato ad uno sbiadito e individualistico ideale liberale. Sia la rieducazione sia la retribuzione sono ora funzionali all'adesione al progetto di stato totale, tant'è vero che chi si rifiuta di identificarsi quale membro dello stato etico non viene punito ma collocato al di fuori della comunità giuridica e reso inoffensivo <sup>(69)</sup>. Nello sforzo di dare contenuto scientifico al manifesto dei giovani penalisti nazisti, con il riconoscimento di alcune conquiste ormai irrinunciabili per la scienza penale dovute alla scuola sociologica, Gallas propone una trasposizione (o, a suo modo di vedere, una più piena realizzazione) delle idee lisztiane entro un quadro politico-costituzionale completamente rinnovato, nella ricerca di una sintesi tra una rinata *Staatsgesinnung* e l'idea dei compiti sociali della giustizia penale <sup>(70)</sup>. Proprio tale mutato ordine costituzionale rende, tuttavia, assai forzata la riconducibilità della funzione della pena, tanto retributiva quanto educativa, all'originaria proposta lisztiana.

## 7. *Il tentativo di difendere lo Stato di diritto in ambito penale.*

Lo scritto di Dahm e Schaffstein provoca immediate reazioni, che non solo difendono i progressi ottenuti dal movimento riformatore, ma, soprattutto, avvertono il rischio di un irrazionalismo senza freni che porti ad un superamento dei limiti costituzionali dello stato di diritto. Heinrich Drost vede nella critica al diritto penale liberale

---

che gli apparati della giustizia pubblica trovano la forza di attuare una politica criminale forte ed incisiva nei confronti della libertà dei criminali solo quando si sentono esecutori di una volontà unitaria del corpo sociale e percepiscono il pieno sostegno dei cittadini alle istituzioni (pp. 18-19).

<sup>(69)</sup> Ivi, p. 27.

<sup>(70)</sup> Ivi, p. 28.

le premesse per un ritorno allo stato di polizia, con il rischio che la giustizia penale venga snaturata in strumento per perseguire fini del tutto esterni al diritto punitivo e puramente politici. Drost ammette la sopravvalutazione dell'idea rieducativa rispetto alla componente securitaria della prevenzione, e ritiene certamente ammissibile un ritorno alla filosofia retributiva, purché però sia intesa nella sua compatibilità con il modello liberale, come equivalenza e proporzione tra fatto e pena: un retributivismo, dunque, che nelle radici e nel significato nulla ha in comune con quello dello stato autoritario proposto nello scritto dai due giovani penalisti. È poi la bizzarra interpretazione proposta da Dahm e Schaffstein, secondo cui il venir meno della separazione dei poteri corrisponderebbe in qualche modo ad un'idea di stato individualista, ad essere contestata come del tutto infondata da Drost. Ma, soprattutto, il professore all'Università di Münster critica nel programma dell'*autoritäres Strafrecht* il riapparire della pena per l'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafe*), secondo la quale il fine della rieducazione non si limita ad un miglioramento del senso civico, ma consiste nel riconoscimento dell'autorità dello stato e, dunque, in una conversione 'forzata' delle opinioni <sup>(71)</sup>. Di fronte al rischio della costrizione al rispetto e all'interiorizzazione del pensiero unico imposto dallo stato autoritario, Drost richiama alla necessità dell'impegno pubblico nella lotta « gegen Brutalisierung des Rechts für Erhaltung unserer gefährdeten Rechtskultur » <sup>(72)</sup>.

Sempre nel 1933, Eduard Kern riconosce come dalla prima guerra mondiale in poi i principi dello stato di diritto in materia penale siano stati parzialmente erosi dalle misure emergenziali che hanno introdotto sanzioni più severe, dall'istituzione di tribunali

---

<sup>(71)</sup> In questo cfr. G. RADBRUCH, *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania: ieri e oggi*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 2, pp. 373-379, il quale, dopo aver sottolineato l'interruzione del processo di sottoposizione anche della fase esecutiva ai principi dello stato di diritto avviata dal movimento riformatore, sostiene che: « Due sono le caratteristiche essenziali che distinguono la educazione penale del nuovo Stato dalla precedente esecuzione penale educativa: essa non riposa più sul principio fondamentale dell'autonomia, ma su quello della eteronomia e il suo fine non è più il riadattamento sociale ma l'ordinamento della comunità nazionale » (p. 378).

<sup>(72)</sup> H. DROST, *Autoritäres Strafrecht?*, in « Recht und Leben. Wochen-Beilage der Vossischen Zeitung », Donnerstag, 26 Januar, No. 4, 1933.

speciali, dalle numerose amnistie, nonché dalla scienza giuridica e dalla prassi giurisprudenziale che — sostituendosi all'inerzia riformatrice del legislatore e riconoscendo cause di esclusione dell'anti-giuridicità e della colpa anche *praeter legem* — hanno creato incertezza nel diritto (73). Tuttavia, nonostante queste riduzioni, il concetto di stato di diritto è rimasto in vigore, e, nonostante i dubbi sollevati dai giovani della scuola di Kiel che vorrebbero abolirlo perché ha condotto ad un indebolimento dello stato e ad un illanguidimento della giustizia penale, Kern è convinto che debba essere difeso e conservato (74). Certo nelle prossime riforme del diritto e della procedura penale sarà necessario « die Grenze zwischen Staat und Individuum an manchen Stellen zu Gunsten des Staates zu verschieben », ma i pilastri del *Rechtsstaat*, consistenti nel principio di legalità del reato e della pena, dell'indipendenza, della precostituzione e naturalità dei giudici « darf auch in Zukunft nicht gerüttelt werden », se non si vuole vanificare la preziosa cultura giuridica europea conquistata lottando faticosamente. Una rinuncia a queste conquiste, infatti, produrrebbe l'effetto contrario, « würde die Autorität des Staates nicht stärken, sondern schwächen » (75).

Anche Max Grünhut, nel 1934, contesta la ricostruzione storico-concettuale del compromesso social-liberale come degenerazione del moderno diritto penale: la scuola lisztiana ha orientato il diritto penale verso un forzato ordine sociale, che si traduce tanto in rieducazione quanto in sicurezza e implica necessariamente un allargamento dei confini dell'attività dello stato nei confronti dell'individuo. Ma affermare che liberalismo e socialismo hanno trovato un punto d'incontro nell'atteggiamento di clemenza è una banalizzazione del problema: il movimento riformatore ambisce piuttosto alla costruzione di un diritto penale sociale *entro* lo stato liberale, ovvero ad un sistema nel quale lo stato che vuole garantire ai propri cittadini libertà di coscienza, di manifestazione delle opinioni e di associazione debba e possa contrastare i criminali con strumenti che

---

(73) E. KERN, *Der Rechtsstaatgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart*, Freiburg im Breisgau, Speyer & Kaerner, 1933, specie pp. 9-16.

(74) Ivi, p. 18.

(75) Ivi, p. 19.

offrano una protezione più efficace alla collettività statale rispetto alla formale pena vendicativa. Il fatto, però, che anche queste misure politico-criminali abbiano in qualche modo dei limiti — in un certo senso liberali — « es liegt im Wesen des Strafrechtes, dem wie allem Recht eine doppelte Bindung immanent ist » (76). Il più serio pericolo che Grünhut vede nelle teorie di Dahm e Schaffstein consiste proprio nell'abbandono della finalità pratica della politica criminale consistente nella lotta alla criminalità e nell'autoreferenzialità che viene ad assumere il potere punitivo: ogni inasprimento della pena, ogni estensione del potere punitivo dello stato, che non debba più trovare legittimazione nella dimostrazione della necessità politico-criminale, trova la propria giustificazione solo in sé stesso. La scelta, invece, di orientare il diritto penale allo scopo del contrasto alla criminalità — ciò che viene osteggiato da Dahm e Schaffstein come autonomia del diritto penale — rappresenta una protezione contro l'utilizzo del potere punitivo come puro strumento di lotta politica (77). La scienza giuridica, avverte Grünhut in chiusura, ha una grossa responsabilità nei confronti della pretesa di dare ampio spazio nel pensiero penale ai poteri irrazionali: così come ha sempre rifiutato l'estremo positivismo, essa deve opporre resistenza « gegen eine Preisgabe der Empirie an neue Formen des Irrationalismus » (78).

#### 8. *Le differenze tra sistema penale fascista e nazionalsocialista.*

Né le critiche ai contenuti espressi in *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, né la 'chiamata alle armi' dei difensori dello stato di diritto e del modello liberale, producono alcun effetto di contrasto all'avanzata delle nuove idee. Il partito nazionalsocialista avvia una trasformazione radicale della cultura politico-istituzionale e del diritto, una *Rechtserneuerung* che non può non interessare anche le

---

(76) M. GRÜNHUT, *Kriminalpolitische Wandlungen?*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 53 (1934), p. 7.

(77) Ivi, p. 8.

(78) *Ibidem*.

basi della giustizia penale (79). Il popolo tedesco, spiega nel 1934 Edmund Mezger, ha dato un nuovo fondamento nazionale alla sua essenza di stato e di popolo, con una rivoluzione politica e spirituale, e dunque « auch das Strafrecht wird auf diesem Grunde des totalen Staats in neuer Form entstehen » (80). La ricostruzione dello stato porta con sé la forza per il superamento del confronto tra scuola classica e sociologica, non nel senso ‘debole’ del compromesso vetero-liberale, ma come sintesi. Il ritorno ad uno stato autoritario nel campo del diritto penale, teorizzato nel 1933 da Dahm e Schaffstein, non è, dunque, l’obiettivo del partito di Hitler, ma solo un passaggio intermedio, il presupposto per un ulteriore sviluppo contenutistico che si regge sulle idee di razza e popolo, i due pilastri del nazionalsocialismo. Il diritto penale del futuro si dovrà basare, secondo Mezger, sui due concetti del recupero della responsabilità dei singoli individui nei confronti del popolo e dell’eliminazione delle parti che sono dannose alla razza e al popolo. Il primo poggia sul principio del fatto (*Tat-Prinzip*), il secondo sul principio dell’autore (*Täter-Prinzip*) (81): uniti conducono il diritto penale nel nuovo

---

(79) Cfr. M. FROMMEL, *Von der Strafrechtsreform zur “Rechtserneuerung”*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Vorträge aus der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland vom 11. und 12. Oktober 1982 in Berlin (West)*, H. Rottleuthner (hrsg), Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1983, pp. 45-54; M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988, specie cap. VI, pp. 317-360 per le teorie penalistiche; Id., *A national-socialist jurist on crime and punishment. Karl Larenz and the so-called “Deutsche Rechtserneuerung”*, in « *Rechtstheorie* », 25 (1994), pp. 57-86; H. RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in « *Quaderni fiorentini* », 36 (2007), pp. 1007-1030; G. WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin, W. De Gruyter, 1989; E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazi-fascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in « *Quaderni fiorentini* », 36 (2007), specie pp. 1061-1074; O. LEPSIUS, *The Problem of Perceptions of National Socialist Law or: Was There a Constitutional Theory of National Socialism?*, in *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, C. Joerges, N. Singh Ghaleigh (eds.), Oxford, Hart, 2003, pp. 19-41.

(80) E. MEZGER, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1934, p. 201.

(81) Anche gli studi criminologici sono funzionalizzati alla piena realizzazione di questa nuova visione dello stato e del diritto punitivo. La psicologia criminale, nella sua parte biologica e sociologica, fornisce i presupposti scientifici per il *Täter-Prinzip*, per

stato totale e popolare verso una sintesi di pena retributiva e misure di sicurezza <sup>(82)</sup>.

Nel 1935, anno dell'emanazione della legge (28 giugno) di modifica del § 2 del codice penale tedesco che consente l'analogia ed autorizza il giudice a punire ogni atto che — pur non espressamente previsto *ex lege* — meriti una pena secondo il *gesundes Volksempfinden* <sup>(83)</sup>, si tiene a Berlino l'undicesimo Congresso internazionale di diritto penale e penitenziario, in occasione del quale i vertici politici del partito nazionalsocialista presentano pubblicamente i nuovi principi del diritto penale tedesco <sup>(84)</sup>. Nello stesso anno Dahm pubblica uno scritto in cui non si preoccupa più di demolire

---

riconoscere e capire l'autore, la sua personalità, la sua funzione nella vita sociale, e così, attraverso l'eradicazione degli elementi inadatti, migliora la composizione razziale del popolo; la ricerca sull'ereditarietà, importante sia entro i confini disciplinari del diritto penale che fuori da essi, è un indispensabile aiuto per tutti gli sforzi eugenetici (ivi, p. 204).

<sup>(82)</sup> Ivi, p. 203.

<sup>(83)</sup> Su questo provvedimento, subito criticato come manifestazione più clamorosa della svolta illiberale e repressiva nella giustizia penale nazista, in aperta rottura con la lunga tradizione post-illuministica, cfr. ad es. F. HONIG, *Recent Changes in German Criminal Law*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology», 26 (1936), 6, pp. 857-61; C.H. McILWAIN, *Government by Law*, in «Foreign Affairs», 14 (1936), 2, pp. 185-98; L. PREUSS, *Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology», 26 (1936), 6, pp. 847-56. Sullo scarso utilizzo giurisprudenziale dell'analogia, cfr. G. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia. Applicazioni e proposte d'applicazione del § 2 del Codice Penale del Reich*, in «Rivista di diritto penitenziario», 8 (1937), 5, pp. 907-945; O. KIRCHHEIMER, *Criminal Law in National-Socialist Germany*, in «Studies in Philosophy and Social Science», 8 (1939), specie pp. 448-452. Sul tema cfr. anche WERLE, *Justiz-Strafrecht*, cit., specie pp. 161-163; RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, cit.; DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità*, cit., pp. 1072-1074.

<sup>(84)</sup> Il riferimento è, in particolare, ai discorsi indirizzati all'assemblea generale il 19 agosto 1935 in occasione della solenne apertura del congresso da parte di Franz Gürtner, Ministro della giustizia del Reich, dal titolo *Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin. Août 1935*, Berne, Bureau de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1936, vol. Ia, pp. 3-23; il 21 agosto 1935 da Roland Freisler, Segretario di Stato e Ministro della giustizia del Reich, dal titolo *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluss auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug* (ivi, pp. 434-456); il 23 agosto del Ministro dell'educazione politica e sociale del popolo e della propaganda, Joseph Goebbels, *Deutschland von*

il modello liberale, ma illustra i caratteri distintivi che il diritto penale ha assunto in coerenza con il quadro complessivo di rinnovamento politico e giuridico dello stato totalitario, rimarcandone le differenze con il penale autoritario del fascismo italiano per evitare che il mescolamento tra le due concezioni giuridiche porti alla deturpazione e degenerazione del nuovo diritto tedesco<sup>(85)</sup>. Pur senza ripercorrere, in questa sede, gli interventi legislativi che hanno dato forma ai due modelli di giustizia criminale<sup>(86)</sup>, l'analisi sintetica del parallelo tra Germania e Italia, sul quale insistono i giuristi dalla metà degli anni Trenta, è utile a chiarire i diversi orientamenti della cultura giuridica.

Per il nazismo lo stato è un mezzo per raggiungere un fine ulteriore. Lo stato nazionale, che trova fondamento e legittimazione nello spirito del popolo, non è, tuttavia, solamente espressione del popolo, ma è esso stesso organo vivente, comunità di spirito, parte della vita del *Volk* basata sui concetti di razza e sangue<sup>(87)</sup>. Esiste un'unità organica, rappresentata dal vincolo che lega indissolubilmente *Führer*, *Volk*, stato e movimento nazionalsocialista, che ha come esito il principio della totalità della vita nazionale e implica la

---

*innen gesehen. Die Aufbauarbeit des Nationalsozialistischen Staates* (ivi, pp. 466-478); e dal discorso pronunciato il 21 agosto nella riunione dell'Accademia tedesca del diritto dal suo presidente Hans Frank, intitolato *Zwischenstaatliche Strafrechtspolitik* (ivi, vol. Ib, pp. 124-142).

<sup>(85)</sup> G. DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935, p. 5.

<sup>(86)</sup> È sufficiente rinviare, ad es., a G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, a cura di L. Violante, vol. 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 757-847; SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, cit.; *Il diritto del duce*, a cura di Lacchè, cit.; M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 57-107; *Fascism and Criminal Law*, S. Skinner (ed.), Oxford *et al.*, Hart, 2015, specie i saggi della prima parte, pp. 15-97; VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., specie pp. 254-306; ID., *Il diritto penale nazionalsocialista*, in ID., *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, EUM, 2013; WERLE, *Justiz-Strafrecht*, cit.

<sup>(87)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 7-9.

disponibilità al sacrificio del singolo per gli scopi nazionali <sup>(88)</sup>. Per il fascismo, invece, che parla di nazione e non di popolo, l'essenza della nazione è concepibile solo nello stato e attraverso lo stato: la sovranità statale è superiore a quella popolare. Come sintetizza Donnedieu de Vabres, il fascismo è a contenuto giuridico mentre il nazionalsocialismo è a contenuto biologico; il fascismo è una costruzione logica e razionale, la dottrina hitleriana è mistica <sup>(89)</sup>. Questa sostanziale differenza ha poi varie ricadute nell'ambito del diritto penale. Nel rapporto tra legge e giudice, il codice Rocco è casuistico, prevede fattispecie tassative e ben definite, e si basa sul principio di legalità; nel sistema nazionalsocialista c'è invece un passo indietro del legislatore che rinuncia a normare in modo dettagliato ogni rapporto di vita. Il *Tatbestand* è solo una direttiva, una spiegazione di concetti generali, un esempio, ed in ciò è evidente una forte differenza con il fascismo che resta ancorato al principio di legalità. Il *nullum crimen nulla poena sine lege* è considerato dalla penalistica nazista un simbolo del liberalismo, da abbattere e trasformare nella formula *Kein Verbrechen ohne Strafe*: i giudici, responsabili nei confronti della comunità di non lasciare reati impuniti, possono agire anche oltre i limiti determinati *ex lege* dalle fattispecie, ma devono però sempre essere voce fedele della volontà del *Führer* <sup>(90)</sup>.

Nell'ordine giuridico nazionalsocialista, afferma Freisler, non c'è spazio né bisogno di meccanismi di controllo dell'autorità suprema, e dall'idea di giustizia formale si passa a quella di giustizia sostanziale: « Dieser materielle Rechtsstaat bedarf keiner formalen Freiheitsgarantie; denn er besitzt die viel stärkere materielle Freiheitsgarantie der Einheit der totalen Grundanschauung » <sup>(91)</sup>. Nella concezione totalitaria il reato non è una trasgressione contro la

---

<sup>(88)</sup> FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 437-438; 442-443.

<sup>(89)</sup> DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., p. 11.

<sup>(90)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 12-13. Nonostante l'art. 116 della Costituzione di Weimar preveda il principio di legalità, secondo Dahm non vi è ormai nessun dubbio che, pur non essendo stato formalmente abolito, esso ha cessato di essere una parte integrante della costituzione come norma fondamentale della vita del popolo; al contrario, l'analogo art. 26 dello Statuto Albertino non è mai stato seriamente messo in discussione.

<sup>(91)</sup> FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., p. 444.

legge formale, ma un attacco contro le regole fondamentali del popolo tedesco, contro l'ordine morale e la legge interiore della comunità. Il codice penale, come ogni legge, ha delle lacune, non si adegua rapidamente alle necessità sociali, non è in grado di riflettere completamente il diritto della comunità. Non possono essere, pertanto, le norme astratte a definire ciò che è giusto o sbagliato. La legge, nella visione nazionalsocialista, non segna il confine del potere dello stato ma indica le linee di interpretazione, serve da modello per le leggi di vita del popolo ma non è esaustiva: ciò implica la rinuncia allo stretto rispetto da parte del giudice dell'idea che identifica il popolo con lo stato e il diritto con la legge <sup>(92)</sup>. Per il fascismo invece, continua Dahm, la nazione è creata dallo stato, e la legge dello stato è anche una norma morale: come lo stato crea la nazione così la legge crea il diritto, come non c'è nazione fuori dallo stato così non c'è diritto fuori dalla legge. La pena serve, in questa concezione, a ristabilire l'autorità violata dello stato e il giudice è visto come il custode « der Geltung der Gesetze und der Staatsautorität » <sup>(93)</sup>. Certo la legalità nel codice Rocco non ha la funzione garantistica e liberale di limitare l'autorità o la violenza pubblica, ma ha invece il significato 'positivo' di uno strumento che rafforza la sicurezza dell'autorità statale: il reato rappresenta, dunque, un'infrazione dell'ordine autoritario creato dallo stato e, perciò, anche della legge interiore della nazione <sup>(94)</sup>. Mentre per Mussolini l'or-

---

<sup>(92)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 14.

<sup>(93)</sup> Ivi, p. 15.

<sup>(94)</sup> In questo senso cfr. ad es. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1941, p. 20, che definisce il *nullum crimen* « una delle basi più solide del regime autoritario. Posto come principio dell'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire innanzi tutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato »; A. SANTORO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico fascista e il diritto penale*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943, pp. 306-307. Il regime fascista svela il limite del rispetto solo formale della legalità, che « si inchina dunque, senza discutere, di fronte ai gradini del trono » (P. CALAMANDREI, *Prefazione al Dei delitti e delle pene*, scritta nel dicembre del 1943 e qui citata nella seconda ediz., Firenze, Le Monnier, 1950, p. 83). Secondo Calamandrei (*La crisi della legalità*, in Id., *Costruire la democrazia (premesse alla Costituente)*, Firenze, Edizioni U, s.d [ma 1945], ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, a cura di Mauro Cappelletti, Napoli,

dinamento della nazione « ist gesetzliche Ordnung » e la discrezionalità del giudice, o anche solo l'applicazione più flessibile della legge sarebbe in contrasto con l'autorità del governo, la volontà di Hitler non si esprime solamente nella legge ma anche, in senso più ampio, nella sua specifica *Weltanschauung* e nel suo atteggiamento politico di cui il giudice è portatore <sup>(95)</sup>.

L'altro più rilevante aspetto che differenzia il sistema tedesco da quello italiano riguarda i concetti di diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) e del pericolo (*Gefährdungsstrafrecht*). Secondo la concezione nazionalsocialista il reo è colui che rompe i legami con la comunità, è un traditore (*Verräter*). L'essenza del reato non è il fatto esterno o il danno provocato, ma ciò che rende l'autore un outsider, il suo atteggiamento interiore (*Gesinnung*): il reato è la violazione di uno speciale dovere di fedeltà attraverso il quale l'autore manifesta una volontà pericolosa e nemica del popolo <sup>(96)</sup>. Centrale è, dunque, non il fatto ma l'autore, l'attenzione del diritto punitivo si rivolge alla volontà, alle intenzioni, al valore dell'autore per la comunità. Il concetto di colpa, riferita al reato come misura e

---

Morano, 1968, p. 125): « il nazismo, con aperta e consequenzialità improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo, nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo, ha preferito falsificarla »; sul punto cfr. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. XXVI-XXVI e M.N. MILETTI, *Giustizia penale e identità nazionale*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 693-698; più diffusamente, sulla legalità nella riflessione di Calamandrei, cfr. P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 151-159; P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 63 (2009), 3, pp. 865-885; L. LACCHÈ, « *Alzate l'architrave, carpentieri* ». *I livelli della legalità penale e le crisi tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, Giappichelli, 2016, specie pp. 201-205.

<sup>(95)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 16. Cfr. anche FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 446-447, che chiarisce come nella dottrina nazista il *nulla poena sine lege* sia sostituito dalla regola « Dem Volke sein Recht » e l'indipendenza del giudice non sia pensata per scopi di garanzia individuale, ma come espressione della capacità della magistratura di rappresentare lo spirito del popolo.

<sup>(96)</sup> Cfr. ad es. W. GLEISPACH, *Willensstrafrecht*, in *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften*, A. Elster, H. Lingemann (hrsg.), vol. 2, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1936, p. 1069; K. KLEE, *Il nuovo codice penale svizzero e il diritto penale del Terzo Reich*, in « Rivista di diritto penitenziario », 10, 1939, pp. 922-953.

condizione della pena nella teoria liberale, cambia: il fatto passa in secondo piano perché ciò che costituisce il reato sono la volontà nemica della comunità (*gemeinschaftsfeindliche Wille*) e la consapevolezza (*Bewusstsein*) di commettere un'ingiustizia<sup>(97)</sup>. Vista l'identità di principi tra ordine giuridico e morale, la penalistica nazista dà all'idea di colpa, di intenzione, un significato etico che non si limita alla sua misurazione di grado più o meno grave, ma diviene colpa per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*)<sup>(98)</sup>. Se lo stato liberale, che si pretende neutrale, non ha standard morali e può di conseguenza limitarsi a punire solo l'atto, il diritto penale nazionalsocialista punisce i *Tätertypen*. I concetti di antiggiuridicità, colpa, *Tatbestand* perdono significato nella dogmatica penale nazista: il fatto è sintomo della ribellione dell'autore alla comunità, rivela la particolare tipologia di volontà e la personalità del reo e limita in qualche misura l'inizio della punibilità. Proprio tale svolta dal fatto all'autore, dal *Tatbestand* alla volontà, corrisponde ad un pensiero giuridico che vede l'essenza del reato non nella lesione di un ordine esterno e di un singolo bene giuridico, ma nella lesione della comunità dal suo interno<sup>(99)</sup>. La dottrina penale del fascismo è invece, secondo Dahm, estranea al *Willensstrafrecht*, perché considera il reato una violazione della norma e dell'esterno ordine autoritario. Fattispecie legislativa e antiggiuridicità sono essenziali per la definizione di illecito penale e la colpa fa chiaramente riferimento al reato oggettivamente esistente<sup>(100)</sup>.

---

<sup>(97)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 17-18.

<sup>(98)</sup> Così E. WOLF, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, Mohr, 1932; E. MEZGER, *Il diritto penale tedesco del presente*, in « Rivista di diritto penitenziario », XII (1941), 6, pp. 857-858; cfr. sul punto R. GROSS, *Guilt, Shame, Anger, Indignation. Nazi Law and Nazi Morals*, in *The Law in Nazi Germany. Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, A.E. Steinweis, R.D. Rachlin (eds.), New York-Oxford, Berghahn, 2013, pp. 89-103.

<sup>(99)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 18-19. Cfr. anche R. VOZZI, *La riforma del diritto penale in Germania. Il memoriale del Ministro della Giustizia in Prussia*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 3, pp. 599-617.

<sup>(100)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 19. Secondo DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 37-38, un sistema legislativo che subordina e proporziona l'applicazione della pena all'esistenza e alla gravità dei fatti esteriori, secondo l'orientamento classico o neo-classico, è proprio di un governo liberale, mentre « un pouvoir autoritaire s'imisce volontiers dans le for de la con-

9. *La rivoluzione penale nazista ispirata al concetto di Volksgemeinschaft.*

In realtà, sottolinea Henry Donnedieu de Vabres, nonostante l'enfasi con la quale i giuristi tedeschi insistono sulla novità del *Willensstrafrecht*, tale teoria non è particolarmente innovativa rispetto al diritto penale, già autoritario, del Secondo Reich: « la tendance commune à tous les gouvernements autoritaires est de promouvoir l'élément psychologique de l'infraction », che permette di arrestare in anticipo il corso di attività pericolose, di praticare, se necessario, una vera inquisizione e di por fine alla volontà criminale<sup>(101)</sup>. Più in generale, « la tendance psychologique est commune aux législations modernes, autoritaires ou non, qui sont orientées vers l'individualisation de la peine »<sup>(102)</sup>. Il 'volontarismo' del penale nazionalsocialista, continua il penalista francese, perde di originalità se confrontato con la tendenza ampiamente diffusa già a partire da fine Ottocento in tutti gli stati, autoritari e non, a valorizzare nel reo personalità, tendenza a delinquere, pericolosità, caratteristiche fisio-psichiche, inclinazione. Certo la teoria dei tipi d'autore, inserita nel quadro politico della *Rechtserneuerung* nazista, cerca una discontinuità con il quadro teorico-criminologico precedente<sup>(103)</sup>.

---

science ». Il legislatore fascista, continua il professore francese, segue questo orientamento, ma « avec mesure et discernement », grazie alla moderazione dettata dalla scuola tecnico-giuridica che ha seguito una via mediana tra l'oggettivismo classico e l'individualizzazione positivista. Sull'accentuazione dell'elemento soggettivo nel codice Rocco, cfr. NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale*, cit., p. 788.

<sup>(101)</sup> DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., p. 94.

<sup>(102)</sup> Ivi, p. 95.

<sup>(103)</sup> La teoria dei tipi d'autore era comunque assai dibattuta anche tra i giuristi di regime, cfr., ad es., P. BOCKELMANN, *Aussprache*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 60 (1941), pp. 417-423. Per un'elaborazione dogmatica più estesa di questa nozione, con la distinzione tra *normativer Tätertypus* e *kriminologischer Tätertypus*, cfr. WOLF, *Vom Wesen des Täters*, cit.; G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, Theodor Weicher, 1940, specie pp. 24-29; questo ultimo libro è recensito da G. BETTIOL in « Rivista italiana di diritto penale », 1940, pp. 462-463, il quale sottolinea che il « tipo normativo d'autore [...] non ha nulla a che vedere con una concezione criminologica dello stesso quale essa è caldeggiata dai positivisti », e rappresenta, nella spiegazione di Dahm, « un criterio fondamentale interpretativo ». Più diffusamente, un'analisi critica della teoria e una spiegazione delle differenze rispetto ai tipi crimino-

La valutazione e la condanna della personalità sono, sicuramente, elementi essenziali del *nationalsozialistisches Strafrecht*, ma esso, in netta discontinuità con l'approccio criminologico, rifiuta ogni approccio deterministico di tipo sociologico: è, al contrario, la 'costituzione' del popolo-nazione, ovvero i valori, le tradizioni, le convinzioni morali, politiche, religiose in cui il *Volk* si riconosce, a fungere da parametro per misurare quanto il reo se ne allontani o vi si contrapponga, per sua libera scelta o per predisposizione<sup>(104)</sup>. Lo stato liberale, accusa Freisler, porta alla disintegrazione non solo di valori condivisi ma anche di visioni di vita comuni: il concetto di pena come espiazione quasi scompare e, di conseguenza, solo ciò che è percettibile sensorialmente sembra rilevante giuridicamente. Il penale liberale, nella sua versione criminologica, arriva così al punto da negare il libero arbitrio e inizia a considerare l'agire dell'uomo come condizionato da cause e fattori fisici, sociali e ambientali: muovendo da questi presupposti si sostiene che la società non ha il diritto di punire, ma solo il diritto-dovere di auto-difendersi, rieducando e reinserendo il detenuto nell'ordine sociale. Ma la difesa della sfera di libertà individuale, e dunque del relativismo valoriale, vanifica, di fatto, il modello riabilitativo perché mancano modelli di comportamento riconosciuti ed oggettivamente validi che sono il presupposto di una vera rieducazione.

Il codice Rocco sceglie la via più tradizionale del doppio binario, esito di una lunga riflessione europea che, per i più scettici, mira « a conciliare l'inconciliabile »<sup>(105)</sup>, ma che, per la penalistica

---

logici sono in G. GUARNIERI, *Il delinquente tipo*, Milano, F.lli Bocca, 1942; G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, in « Rivista italiana di diritto penale », XIV (1942), ed ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1966, pp. 535-564; sulla posizione critica di Bettiol nei confronti delle dottrine penalistiche naziste (compresa quella dei tipi d'autore) e fasciste cfr. G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in « Quaderni fiorentini », 37 (2008), pp. 325-347. Per una ricostruzione delle posizioni dogmatiche a confronto cfr. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, Cedam, 1967; M. FROMMEL, *Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941*, in « Juristen Zeitung », 35 (1980), pp. 559-564; MARXEN, *Der Kampf*, cit., pp. 208-211.

<sup>(104)</sup> FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., p. 448.

<sup>(105)</sup> Così criticamente U. SPIRITO, *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, p. 26.

maggioritaria, rappresenta il miglior compromesso possibile tra pena retributiva fondata sul libero arbitrio e misure preventive di difesa dalla pericolosità sociale <sup>(106)</sup>. La dottrina nazionalsocialista vuole, invece, andare oltre questa logica di compromesso che considera ancora troppo legata agli equilibri liberali e fonda il dualismo di pene e misure di sicurezza su altri presupposti teorici; senza prendere posizione sulla vieta diatriba in tema di libero arbitrio <sup>(107)</sup>, essa cerca di tenere armonicamente insieme la pena come espiazione, la pena come difesa della comunità popolare e le misure di sicurezza. A chi critica questo ibridismo logicamente e dogmaticamente incoerente, perché la punizione basata su criteri razziali-biologici ed ispirata ad una *ratio* difensiva è incongruente con l'idea di espiazione che presuppone una colpa, la quale, a sua volta, mal si concilia con *Sicherungsverwahrungen* giustificate dalla pericolosità <sup>(108)</sup>, i giuristi del *Reich* replicano che « motivi direttivi così apparentemente diversi eppure soltanto apparentemente inconciliabili s'intreccia[n]o nel diritto penale tedesco del presente: un diritto penale della volontà consapevole della responsabilità e contemporaneamente con

---

<sup>(106)</sup> In questo senso, ad es., L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un viaje al Brasil: impresiones de un conferenciante, seguidas de un estudio sobre el derecho penal brasileño*, Madrid, Editorial Reus, 1929, p. 109-116; E. CARNEVALE, *Il principio progressivo della legge penale e i problemi odierni*, in « Rivista di diritto penitenziario », IX (1938), 3, pp. 435-43; sulla scelta del doppio binario nel codice del 1930 e le sue ambiguità mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), specie pp. 790-799.

<sup>(107)</sup> H. FRANK, *Nationalsozialistische Strafrechtspolitik*, München, Zentralverlag der NSDAP, 1938, p. 34, spiega che per tutte le categorie di rei « spielt das Problem der Willensfreiheit keine Rolle »: poiché la vita in società comporta obblighi, nessun membro della comunità può essere esonerato dalla responsabilità che ha nei confronti della comunità per le proprie azioni; la questione ha un interesse filosofico, ma il legislatore, che deve creare un ordinamento popolare, non può perdersi nelle profondità psichiche della manchevole condotta umana e « ohne tiefere Erörterung des Problem der Willensfreiheit muss er die verbrecherische Aktivität treffen ».

<sup>(108)</sup> Il riferimento è, in particolare, agli scritti di Filippo Grispiigni e a quelli, in risposta, di Edmund Mezger, pubblicati su varie riviste e poi raccolti, assieme ad un breve capitolo conclusivo del giurista tedesco, nel volume F. GRISPIGNI, E. MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942; di 'ibridismo' della teoria tedesca parla espressamente F. GRISPIGNI, *I principii fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, ivi, p. 61.

esso un diritto di sicurezza pensato puramente in modo biologico »<sup>(109)</sup>.

La giustificazione della pena non rappresenta alcun problema nella dottrina nazista, la quale, fondata sull'idea di unità tra *Volk* e *Staat* e sul valore dell'individuo solo in quanto membro della comunità, riconosce la necessità della pena-espiazione come l'unico modo perché il reo risponda al suo compito di *Volksglied*<sup>(110)</sup>, e non accetta la possibilità che sia la società stessa (e dunque, indirettamente, lo stato che la regola) ad aver determinato i fattori criminogenetici<sup>(111)</sup>. Non c'è spazio per la classica general-prevenzione, né per la positivistico-sociologica prevenzione individuale, « sondern

---

<sup>(109)</sup> E. MEZGER, *Retribuzione e difesa nel nuovo diritto penale germanico*, ivi, pp. 39-40. Secondo Mezger (ivi, pp. 37-38), « il puro pensiero della difesa, cioè l'esclusiva relazione delle misure giuridico-penali alla determinazione causale (nella quale rientra anche ogni esatta 'prognosi' di condotta futura) è realizzata nelle misure di sicurezza e di miglioramento [...] Di fronte a ciò la pena in senso stretto si dirige fundamentalmente ad un'istanza del tutto diversa [...] e precisamente alla determinazione *personale* della condotta »; la concezione indeterministica si basa sull'idea che « l'autore avrebbe (anche se entro certi limiti dati dall'esperienza) potuto anche agire diversamente », e tale è il fondamento della pena-colpa, rispetto alla quale, tuttavia, si parla di « necessità 'etica' e di una colpa 'etica' [...] Quando il Nazionalsocialismo parla di 'etica', esso pensa all'etica della comunità vincolante per i singoli (quindi ad un comando 'eteronomo' in senso kantiano, derivante dalla volontà popolare) »; nello stesso cfr. MEZGER, *Il diritto penale tedesco del presente*, cit., pp. 853-856; W. SAUER, *Criteri del giudice nell'applicazione della pena per una lotta efficace contro il reato*, in « Rivista di diritto penitenziario », X (1939), 3, specie pp. 611-612.

<sup>(110)</sup> Su questo aspetto cfr. anche F. GÜRTNER, *I concetti direttivi della nuova esecuzione penale tedesca*, in « Rivista di diritto penitenziario », X (1939), 3, p. 593: « Nel diritto penale Nazionalsocialista il concetto di espiazione è fuori discussione »; cfr. anche JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable*, cit., p. 200; ZAFFARONI, *Dottrina penal nazi*, cit., pp. 155-160.

<sup>(111)</sup> G. RADBRUCH, *Autoritäres oder soziales Strafrecht?* (1933), in Id., *Gesamtausgabe* (hrsg. A. Kaufmann), vol. 8, *Strafrecht II*, Heidelberg, Müller Verlag, 1998, pp. 232-233, sottolinea come il diritto penale nazionalsocialista rifiuti ogni valutazione del reato come fenomeno sociale determinato da condizionamenti ambientali e adotti una prospettiva che valorizza invece la predisposizione dei delinquenti, la loro condizione di « geborene Untermenschen », quindi incorreggibili, che pone le premesse per un diritto penale selettivo, di neutralizzazione, « ein rein selektiv-terroristisches Strafrecht »; nello stesso senso anche Id., *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus* (1933), in Id., *Gesamtausgabe* (hrsg. A. Kaufmann), vol. 9, *Strafrechtsreform*, Heidelberg, Müller Verlag, 1992, pp. 332-333. Sull'importanza della predisposizione nella criminologia nazista, cfr. ad es. le posizioni espresse da Graf Gleispach all'IKV del 1932, in *Mitteilungen der Interna-*

*Sozialprävention* » intesa come adeguamento dei rei alla *Volksgemeinschaft* o esclusione dalla stessa <sup>(112)</sup>. Nell'esecuzione della condanna, non ci sono diritti dei detenuti, non esiste alcuna lisztiana *magna charta* dei criminali, né alcun fine rieducativo <sup>(113)</sup> ma, conformemente ad un'idea di giustizia sostanziale, vi è spazio solo per una pena severa, invariabile e certa <sup>(114)</sup>.

La rivoluzione delle teorie penali proposta dal nazionalsocialismo, afferma Dahm, si lascia alle spalle lo scontro tra scuola classica e lisztiana, comunque interno al progetto liberale. Il fascismo, diversamente, segue, sia nella dogmatica penale sia nella politica criminale, dei binari tradizionali. La differenza tra diritto penale della volontà e del fatto concerne diverse visioni politiche generali: mentre nel nazismo c'è un *völkisches Gemeinschaftsstrafrecht*, fondato sulla interna coesione dei membri, nel fascismo l'ordinamento penale esterno è edificato dallo stato con una precisa definizione dei beni giuridici e delle competenze; la forma archetipica di reato in Germania è il tradimento della comunità, in Italia il delitto contro l'ordinamento dello stato <sup>(115)</sup>. L'aspetto che, forse più di ogni altro, caratterizza il diritto penale nazionalsocialista è, però, secondo Donnedieu de Vabres, la preponderanza del « point de vue racial ». Lo scopo fondamentale della nuova politica criminale è l'epurazione. Tale fine è in rapporto con il carattere 'basso, vergognoso, riprovevole' degli atti colpiti dall'intervento repressivo, e dà conto

---

*tionale Kriminalistischen Vereinigung*. Neue Folge 6. Band, 25. *Tagung der Deutschen Landesgruppe zu Frankfurt a. M. am 12. Und 13. September 1932*, Berlin-Leipzig, Walter De Gruyter, 1933, pp. 160-171; A. LENZ, *Kriminogene Disposition und Struktur*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, cit., pp. 62-67. L'argomento dello stretto rapporto tra regime politico e modello criminologico è poi ripreso anche da H. MANNHEIM, *Social Aspects of Crime in England Between the Wars*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1940, pp. 24-25.

<sup>(112)</sup> E. WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tübingen, Mohr, 1933, p. 41.

<sup>(113)</sup> Sulla scomparsa del fine rieducativo nella giustizia penale nazista, cfr., ad es., J.W. JONES, *The Nazi Conception of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1939, p. 29; G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, Russell & Russell, 1939, p. 191.

<sup>(114)</sup> FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 452-454.

<sup>(115)</sup> DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 20.

della funzione assegnata alla pena: nella misura in cui non servirà alla eliminazione dei malfattori, essa tende comunque a stigmatizzarli, a umiliarli, a ridurre la loro capacità di nuocere, a privarli del loro rango, « ainsì, elle servira à la *sélection* »<sup>(116)</sup>.

#### 10. *Le 'lezioni' del penale autoritario.*

Il diritto penale autoritario, nelle sue diverse manifestazioni in Italia e Germania, segna, dunque, una rottura con la tradizione costituzionale liberale, ma rappresenta anche un momento di discontinuità rispetto al movimento (o ai movimenti) riformista di carattere criminologico. Non vi è spazio, in questa sede, per affrontare il problema storiografico dell'influenza che le teorie della scuola positiva o di quella sociologica hanno esercitato sulle scelte di politica criminale dei regimi fascista e nazista<sup>(117)</sup>, ma certamente, sia negli anni Trenta del Novecento sia nel dopoguerra, le esperienze dei totalitarismi in campo penale hanno costretto la cultura giuridica a ripensare alle ragioni dei fallimenti dei progetti progressisti di riforma e ai motivi dell'ascesa di modelli autoritari.

Nelle sue conferenze del 1937, Henry Donnedieu de Vabres sostiene che dalle politiche criminali dei regimi autoritari debbano trarsi lezioni di realismo, di solidarismo e di severità<sup>(118)</sup>. Di

---

<sup>(116)</sup> DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 119; 122.

<sup>(117)</sup> Insistono sulle continuità tra teorie criminologiche e caratteri del penale autoritario, specie nel regime nazista, ad es., L. LUSTGARTEN, "A Distorted Image of Ourselves": Nazism, "Liberal" Societies and the Qualities of Difference, in *Darker Legacies*, Joerges, Singh Ghaleigh (eds.), cit., pp. 113-132; N. RAFTER, *Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany*, in «The Australian and New Zealand Journal of Criminology», 41 (2008), pp. 287-306; F. MUÑOZ CONDE, *La herencia de Franz von Liszt*, in «Revista Penal México», 2 (2012), pp. 57-73. Per una rilettura critica dei rapporti tra positivismo e fascismo cfr. MILETTI, *Giustizia penale e identità nazionale*, cit., pp. 698-703, secondo il quale «Il fascismo, insomma, riciclò a fini propri l'armamentario repressivo positivistico, ma non lo elevò a linea guida» (p. 702). Per un'analisi delle ambiguità ma anche delle cesure tra riformismo criminologico e penale autoritario, mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Criminology and the rise of authoritarian criminal law (1930s-1940s)*, in *Ideology and Criminal Law under Fascist, National-Socialist and Authoritarian Regimes*, S. Skinner (ed.), London et al., Bloomsbury, 2019 (in corso di pubblicazione).

<sup>(118)</sup> DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 201-223.

realismo, perché gli ormai datati codici retributivi di ispirazione liberale hanno dovuto, in modo artificiale, adattare le loro vecchie costruzioni alla realtà in trasformazione e si sono riempiti di finzioni <sup>(119)</sup>, le quali hanno instaurato un « *arbitraire légal* » non meno pericoloso di quello giudiziario e fanno sì che il sistema repressivo muoia di arteriosclerosi <sup>(120)</sup>. Lezione di solidarismo perché la politica criminale ereditata dalla scuola liberale pecca di difetto del senso collettivo e sociale, con la subordinazione, contraria a quella dei regimi autoritari, dell'interesse generale agli interessi particolari <sup>(121)</sup>. La superiorità dei governi autoritari a questo riguardo consiste, invece, nel fatto che, con la scusa di ascoltare e seguire la coscienza del popolo, in realtà la crea e l'orienta « *dans le sens de l'intérêt collectif, au nom duquel ils élèvent une voix forte* » <sup>(122)</sup>. Infine, la lezione di severità richiama il problema della crisi del modello retributivo-repressivo e l'eccessiva indulgenza di giudici e giurati, riflesso dell'individualismo dilagante, temi già denunciati nei primi decenni del '900 <sup>(123)</sup>. La soluzione, sostiene il giurista francese, non può essere lasciata all'estemporanea azione compensatrice di parte della giurisprudenza che, volendo colmare le lacune della legge penale, si vota all'instabilità e all'incoerenza generando incertezza e insicurezza nell'ordinamento giuridico <sup>(124)</sup>.

---

<sup>(119)</sup> Ivi, pp. 202-203: per esempio le finzioni di punire il complice come l'autore principale; dell'incorreggibilità del delinquente d'abitudine; della riabilitazione legale; dell'idea che la giuria rappresenti la volontà e la sovranità popolare; della tipizzazione dell'uomo delinquente.

<sup>(120)</sup> Ivi, pp. 203-204.

<sup>(121)</sup> Ne sono indici il fatto che la moralità pubblica non sia protetta contro immagini oscene, la pubblicità scandalosa di giornali che influenzano spiriti deboli e giovani; la mancanza di difesa dell'istituzione familiare; il fatto che la salute della razza non sia salvaguardata contro il flagello dell'alcolismo; le eccessive formalità dell'istruzione preparatoria; la preoccupazione di garantire la libertà della difesa, di salvaguardare gli interessi della parte civile, che hanno portato ad una brutta imitazione del processo britannico e all'abbandono della secolare tradizione del rito inquisitorio (ivi, pp. 205-206).

<sup>(122)</sup> Ivi, p. 206.

<sup>(123)</sup> Dimostrata dall'abuso del *sursis*, dall'uso frequente di attenuanti, dalla prodigalità di amnistie, dalla sovra-estimazione di interessi particolari e dall'atrofia del senso del collettivo (ivi, pp. 207-208).

<sup>(124)</sup> Ivi, p. 211.

Donnedieu de Vabres vede un altro elemento di superiorità dei regimi autoritari sui regimi liberali nel loro « sens de l'actualité », nel vigore giovanile, nella capacità di rispondere ai bisogni nuovi che si manifestano. I governi degli stati democratici rispettano certamente principi alti di giustizia e uguaglianza, ma hanno il torto di non aver per nulla cambiato la loro politica criminale in un tempo di stravolgimenti economico-sociali. Se gli stati democratici vogliono scongiurare una rivoluzione in senso autoritario, dovranno dunque provvedere, in primo luogo, alla « *socialisation* du droit pénal », in modo che esso non sia più sordo al fenomeno del *groupement*, della dimensione collettiva del sociale <sup>(125)</sup>, e, in secondo luogo, ad un rafforzamento del penale preventivo, senza tuttavia, come accaduto negli stati autoritari, relegare in secondo piano la riabilitazione individuale rispetto alla prevenzione collettiva <sup>(126)</sup>.

La riflessione a chiaroscuri di Donnedieu de Vabres, che come noto sarà poi giudice al processo di Norimberga, offre un quadro esemplificativo della crisi e delle sfide della penalistica 'liberale' europea degli anni Trenta: se, per un verso, è criticata la rottura autoritaria con i fondamenti costituzionali del liberalismo, che neppure il movimento riformatore aveva mai osato mettere apertamente in discussione, per altro verso si riconosce la necessità di un profondo ripensamento dei fondamenti del diritto penale e delle politiche criminali per scongiurare il richiamo delle sirene totalitarie. Alla scienza giuridica del dopoguerra, anche in Italia e in Germania, spetterà il compito difficile di liberarsi dall'ingombrante eredità della legislazione totalitaria e ricucire i fili dell'interrotto percorso riformatore con i nuovi ordinamenti democratico-costituzionali.

---

<sup>(125)</sup> Ivi, pp. 212-215.

<sup>(126)</sup> Ivi, pp. 215-218.