

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **La nuova legittima difesa**
- ◇ **Il cyberbullismo**
- ◇ **L'autoriciclaggio**
- ◇ **La castrazione farmacologica**



Nihil difficile volenti

KAI AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, 169 pp., ISBN 978-3-8487-5631-5*.

Non è facile fornire una collocazione scientifica all'ultima pubblicazione del noto (internazionale) penalista dell'università di Göttingen, Kai Ambos. Da un lato, si tratta di un'opera di storia del diritto, dall'altro, è una ricerca di dogmatica penalistica. Si potrebbe forse parlare di un'opera di storia della dottrina penalistica.

Occorre innanzitutto chiarire che, in origine, l'opera doveva essere semplicemente una recensione di un lavoro del celebre giurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (*Doctrina Penal Nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar, Buenos Aires 2017). Tale ultima pubblicazione, a sua volta, trae ispirazione dalla precedente ricerca di Francisco Muñoz Conde (*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003). Come riconosciuto dallo stesso Ambos, quella recensione si è trovata a crescere fino a costituire un libro, allo scopo di fornire una specificazione o confutazione più dettagliata delle fonti dottrinali analizzate da Zaffaroni.

In entrambi i lavori, l'oggetto è un'analisi sistematico-analitica dei testi dei penalisti tedeschi della fine del XIX secolo e della Repubblica di Weimar, che si sforza di lasciare da parte la valutazione morale sui loro Autori. Il lavoro di Zaffaroni si compone di nove capitoli. Dopo aver ricostruito le origini del diritto penale nazionalsocialista nei primi tre, i capitoli dal quattro all'otto si concentrano sull'influenza su quest'ultimo della penalistica tedesca precedente, con attenzione alla Scuola di Kiel, in particolare George Dahm e Friedrich Schaffstein. Il capitolo conclusivo afferma poi, come si dirà, una tesi di continuità del diritto penale nazionalsocialista.

Ambos apre il suo lavoro (Capitolo I) affermando che Zaffaroni – “nonostante numerose inesattezze e difetti ortografici – fornisce una ricerca impressionante, che sicuramente plasmerà per molti anni la discussione negli ambienti giuridici di lingua spagnola e portoghese” (pp. 15-16). La volontà di Ambos consiste dunque, da un lato, nell'introdurre l'oggetto della ricerca di Zaffaroni nell'area germanofona, dall'altro, nell'integrarla.

Il volume di Zaffaroni si basa sulla “teoria della radicalizzazione”, che costituisce un'evoluzione della “teoria della continuità”, presentando il nazionalsocialismo come una continuazione razzista, etnocentrica e totalitaria delle tendenze antiliberali del diritto penale tedesco della fine dell'Ottocento e della Repubblica di Weimar, già

* Tutte le traduzioni presenti sono state realizzate liberamente dall'Autore della recensione.

denunciate da Gustav Radbruch nel 1933¹. La tesi della continuità e della radicalizzazione, tuttavia, non guarda solo al passato, ma anche al futuro. Non ci si riferisce solamente all'assenza di epurazione dei giuristi nella Germania di Konrad Adenauer, ma anche al ruolo che la dogmatica tedesca prebellica ha avuto nel dopoguerra. Si tratta di una questione molto rilevante per un penalista come Zaffaroni, vista l'influenza di tale dogmatica negli ordinamenti latinoamericani. Zaffaroni non rinnega i benefici di tale influenza, ma mette in guardia da un'accettazione cieca, in quanto si tratta della stessa dogmatica che ha potuto portare all'instaurazione del nazionalsocialismo e alla legittimazione giuridica di un genocidio.

Ambos esordisce dunque (Capitolo II) – in parallelo con il libro di Zaffaroni, cui l'Autore fa costante riferimento – con un'analisi delle radici del nazionalsocialismo a partire dalle origini del razzismo, derivanti dal romanticismo. Il concetto di razza/appartenenza di sangue diverrà infatti punto di partenza e scopo della legislazione penale, la sua priorità, il suo scopo di tutela (nel senso del mantenimento della sua purezza), il suo riferimento normativo, ma anche una vera e propria fonte normativa (il "sano sentimento popolare", *Gesundes Volksempfinden*). È proprio questo asserimento, sia dell'individuo che dello Stato, alla comunità definita in senso razziale, che segna, secondo l'Autore, l'istituzionalizzazione dello Stato nazionalsocialista (p. 32). In un tale modello, anche i giudici erano servitori della collettività e del suo *Führer*; essi non rappresentavano un limite, bensì uno strumento della realizzazione del nuovo assetto statale. Zaffaroni individuava la fondazione costituzionale di tale assetto nel pensiero di Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff e Carl Schmitt. Il concetto di razza si ritrova anche nel pensiero della penalistica "politica", in particolare nelle opere di penalisti nazionalsocialisti quali Hans Frank, Roland Freisler e Karl Siebert, ove la centralità del noto "sano sentimento popolare" comporta la scomparsa dei confini concettuali del comando positivo e l'abolizione del divieto di analogia (al riguardo nel dettaglio, p. 39 sub nota n. 130), verso una fondazione del diritto (sostanziale) in senso antipositivistico e fondato sul popolo e la razza (p. 41). Quanto agli scopi della pena, il diritto nazionalsocialista unisce prevenzione generale, speciale, integrazione e espulsione dalla comunità nazionale, anche se dominano le considerazioni di tipo generalpreventivo (p. 44). A questo riguardo, Ambos sofferma in particolare la sua attenzione su Freisler (p. 44 e ss.) e la concezione del reato come espressione della "volontà di disturbo della pace" da parte del "nemico"; volontà che non viene intesa come limite alla punibilità in senso materiale, bensì come finalità del processo, volto a riconoscerne gli indizi nell'esternazione; il che spiega il venir meno della differenza sanzionatoria fra reato tentato e reato consumato, nonché fra autoria e partecipazione. Quanto alla parte speciale, una tale concezione del diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) si traduce in un ampliamento della punibilità a mezzo di un'anticipazione della tutela in senso soggettivistico.

Il Capitolo III è dedicato alla disputa fra Binding e von Liszt e allo scontro fra le Scuole classica e moderna, di cui Zaffaroni sottolinea le comuni tendenze autorita-

¹ G. RADBRUCH (1933), "Autoritäres oder soziales Strafrecht?", in *Die Gesellschaft*, X.

rie e antiliberali (come già prima di lui Klaus Marxen e Wolfgang Naucke²). Zaffaroni evidenzia soprattutto in Binding la centralità del rispetto incondizionato delle norme in quanto espressione dell'autorità statale; nel "Programma di Marburgo" di von Liszt, invece, vede non solo l'anticipazione intellettuale della dottrina nazionalsocialista del tipo d'autore, incentrata sulla volontà, ma anche della legislazione nazionalsocialista successiva, tesa a rendere innocui i "parassiti sociali". Ambos, tuttavia, sottolinea come entrambe le scuole furono combattute dalla penalistica nazionalsocialista, in quanto espressione del liberalismo individualista e positivista che si voleva superare (p. 54). Le posizioni di Binding e von Liszt dunque, per quanto autoritarie, sarebbero state rese molto più radicali dalla generazione successiva sulla base del razzismo biologico-etnico e con una «brutalizzazione della prassi che per questi Autori era totalmente inimmaginabile e imprevedibile» (*ibidem*).

Il Capitolo IV del lavoro di Ambos si legge in parallelo con il Capitolo V di quello di Zaffaroni, dedicato alla questione degli influssi del neokantismo sul nazionalsocialismo. Ambos esordisce prendendo atto del fatto che i fondatori del neokantismo giuridico liberale erano già morti all'epoca della presa del potere da parte di Hitler, mentre gli adepti ancora vivi (Gustav Radbruch, Max Grünhut o James Goldschmidt) furono presto rimossi dalle loro posizioni proprio dai nazionalsocialisti. Zaffaroni vede Edmund Mezger come il più importante fra i neokantiani, oltre ad includervi la Scuola di Marburgo, in particolare Erich Schwinge e Leopold Zimmerl. Ambos considera necessario tenere conto di alcune sfumature. Schwinge, ad esempio, avrebbe una personalità più ambigua, tant'è che la sua opera principale con Zimmerl³ è stata recepita dagli oppositori del nazionalsocialismo come espressione della resistenza alla scuola di Kiel. Ambos ritiene dunque opportuno mettere in luce le molte differenziazioni interne alla corrente neokantiana (ben lontana, secondo lui, dall'essere una vera e propria Scuola) e, in generale, invita a non ridurre i neokantiani a un gruppo di meri tecnocrati fedeli al regime, in contrasto con i fanatici della Scuola di Kiel. Al contrario, secondo Ambos, proprio la neutralità ideologica del neokantismo ne avrebbe segnato il declino a partire dagli anni '30; da lì in poi, alcuni neokantiani si impegnarono con il nazionalsocialismo, altri ne furono vittime. L'abbandono del neokantismo in favore del nazionalsocialismo da parte di Schwinge, in contrasto con la costante opposizione a quest'ultimo da parte di Radbruch, confermerebbe dunque che una visione relativistica e neutrale nei valori è più affine alla democrazia e nemica della dittatura, rispetto alle posizioni assolutistiche e eticizzanti (come quelle poi assunte da Schwinge) (p. 78). In ogni caso, pur riconoscendo che alcune correnti del neokantismo potessero non perseguire la neutralità sul piano valoriale, Ambos afferma

² K. MARXEN (1975), *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975; W. NAUCKE (2010), „Schulenkampf“, in F. Herzog et al., *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 559-572.

³ E. SCHWINGE-L. ZIMMERL (1934), *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn.

che rifiutare in toto la fondazione valoriale del diritto alla luce della “tirannia dei valori”, che fu del nazionalsocialismo, significherebbe “gettare il bambino con l’acqua sporca” (p. 8). Ciò perché, in fondo, anche lo Stato costituzionale si basa su valori, pur se pluralistici, e proprio tali valori costituiscono il necessario completamento di quel positivismo, che non ha impedito l’ascesa del nazionalsocialismo. Proprio questa sarebbe, secondo Ambos, la lezione da trarre dalla famosa Formula di Radbruch (pp. 84 e ss.).

Il Capitolo V affronta la nota Scuola di Kiel, la quale, distaccandosi dal neokantismo della Scuola di Marburgo, pose le basi per il diritto penale nazionalsocialista, anche traendo ispirazione dal diritto penale dell’Italia fascista, ritenuto da George Dahm come molto più avanzato (p. 95). Oltre a Dahm, centrale è la figura di Friedrich Schaffstein, che rinnegò la teoria liberale del bene giuridico, giudicata troppo privatistica, sostituendola con quella della violazione di un dovere di fedeltà. La violazione di un tale dovere integra il “tradimento” (*Verrat*) e quindi il reato; la teoria tripartita viene dunque sostituita da una teoria unitaria, in quanto l’antigiuridicità e la colpevolezza si riassumono nella tipicità, costituita dalla violazione del dovere verso la collettività. Tale violazione è il *trait d’union* fra il piano oggettivo e quello soggettivo del concetto di diritto penale della volontà, l’estrinsecazione della *volksfeindliche Gesinnung*. La nozione del diritto penale della volontà, unita alla teoria del diritto penale d’autore, costituisce la traduzione di un diritto penale che viene soggettivizzato al fine di combattere i nemici del sano sentimento popolare.

Completato questo quadro generale, nel Capitolo VI Ambos si sofferma sulla figura di Erik Wolf, esponente della Scuola di Kiel. L’Autore dà conto della sua svolta nazionalsocialista, che lo portò ad elaborare il concetto di “tipo di nemico del popolo”, giustificando la pena di morte a mezzo decapitazione, quale espressione del dominio del tutto sull’individuo. Ambos, tuttavia, evidenzia anche la peculiarità della sua opera precedente⁴, ove i riferimenti al nazionalsocialismo paiono puramente descrittivi, vi è un desiderio di rimanere legati allo stato di diritto liberale e ai diritti della personalità, il concetto di Stato viene utilizzato al posto a quello di collettività (*Gemeinschaft*) e vi è un ruolo della componente religiosa.

Nel Capitolo VII le posizioni di Ambos e Zaffaroni paiono essere meno conciliabili. Nel proprio capitolo conclusivo, infatti, Zaffaroni evidenzia il legame fra dogmatica penalistica e sistema politico, sottolineando come la scienza giuridica sia sempre condizionata dal contesto culturale e politico. Egli invita dunque a una ricezione critica della dogmatica straniera, dovendosi guardare sia al rapporto fra questa e la propria dogmatica, che al contenuto politico della dogmatica che si importa. Una tale ricezione critica non vi sarebbe stata nell’America Latina del XX secolo, che avrebbe invece accettato, quasi ad occhi chiusi, il modello tedesco; modello che, comunque, aveva consentito l’ascesa del nazionalsocialismo. In particolare, solo gli Autori della Scuola di Kiel sarebbero stati considerati ufficialmente

⁴ Nella fattispecie E. WOLF (1933), *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tübingen.

nazionalsocialisti, mentre nessuna valutazione politica sarebbe ricaduta su Autori come Mezger o i neokantiani. Ambos ribadisce la necessità, quanto ai neokantiani, di una valutazione Autore per Autore, pur concordando con Zaffaroni sul fatto che, in tempi di transizione da una dittatura a una democrazia, il loro strumentario neutrale possa essere usato tanto per commettere un genocidio, quanto per costruire una democrazia. Più distanti sono i giudizi sulla figura di Hans Welzel. Secondo la ricostruzione di Zaffaroni, se la neutralità neokantiana ha preparato le basi per il nazionalsocialismo, sarebbe il finalismo di Welzel ad averlo sconfitto nel dopoguerra. Dopo aver rifiutato una tale premessa quanto al neokantismo, Ambos si pone in disaccordo anche con la seconda affermazione circa il finalismo. L'Autore tedesco accusa il collega argentino di sembrare un "fanatico anti-neokantiano" (p. 133) e di essere vittima di una percezione distorta della disputa fra cuasalisti e finalisti, influenzata dal fatto che "ai tempi della dottrina della sicurezza nazionale, in America Latina il finalismo welzeliano è stato erroneamente ricollegato al marxismo" (*Ibidem*). Ambos ritiene dunque che solo un "finalista ortodosso" (*ibidem*) possa affermare che Welzel abbia tacitamente rifiutato i nazionalsocialisti e che le sue strutture siano state un baluardo contro ogni diritto penale autoritario. Si tratterebbe di una "rappresentazione acritica di Welzel" (p. 134) che ignora i suoi scritti fra il 1933 e il 1945. Ambos ricorda come già il maestro di Zaffaroni, Luis Jiménez de Asúa, avesse definito "autoritaria" la teoria del reato di Welzel⁵. Tali conclusioni, come quelle di altri autori latinoamericani degli ultimi quarant'anni (Sergio Politoff, Fernando Velásquez, Politoff-Schüler, Jean Pierre Matus, Javier Llobet) sarebbero state "ignorate" (p. 140) da Zaffaroni. Egli non nega dunque "l'impressione che [...] si tratti qui della continuazione con altri mezzi della contrapposizione, criticata dallo stesso Zaffaroni, fra causalismo e finalismo".

Infine, Zaffaroni vede la maggiore continuità fra diritto penale nazionalsocialista e diritto penale latinoamericano nel concetto romanticizzato e mai pienamente realizzato della collettività (*Volksgemeinschaft*). Egli pertanto critica le nuove forme di diritto penale d'autore e della volontà, che possono rievocare la logica nazionalsocialista della neutralizzazione degli elementi malati del corpo sociale. Altri segnali, tuttavia, vengono colti nell'eticizzazione del diritto penale, nel terrorismo mediatico, nella stigmatizzazione dei dissidenti attraverso la giustizia, nel populismo politico e mediatico. Ambos concorda nel ritenere che la prassi latinoamericana possa confermare questi timori; conclude quindi con la speranza che lo scritto di Zaffaroni possa rafforzare lo scetticismo contro un diritto penale autoritario e inumano.

Il lettore italiano, pur non essendo chiamato a prendere le parti sui punti (come visto solo alcuni) di distanza fra i due illustri Autori, non può invece esimersi da una considerazione comparata. In Italia si è discusso a lungo sulla compatibilità dei singoli istituti del Codice penale fascista con il nostro ordinamento costituzionale

⁵ L. JIMÉNEZ DE ASÚA (1947), *El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista*, in *El Criminalista*, Band VII, Buenos Aires, 63-186, 100.

democratico; più di recente, sono stati gli storici ad interrogarsi, da un lato, sulle responsabilità del ceto giudiziario nei Tribunali speciali fascisti e della Repubblica Sociale Italiana e, dall'altro, sull'immediato dopoguerra e la mancata epurazione in seno alla magistratura (di cui il caso più noto è quello di Gaetano Azzariti, Presidente del Tribunale della Razza, prima, e Presidente della Corte Costituzionale, poi). Manca dunque un lavoro omnicomprensivo, che si interroghi su alcuni quesiti: quale fu il ruolo delle diverse scuole di dottrina penalistica italiana nel passaggio dallo Stato liberale al fascismo? Attraverso quali istituti fu possibile evolvere via via verso una dittatura? Si tratta di domande che non sono affatto da relegare all'interesse esclusivo dello storico, ma che possono piuttosto fornire preziose indicazioni per il presente.

PAOLO CAROLI

€ 40,00

