Laurea Honoris Causa

in Giurisprudenza

THOMAS VORMBAUM

unimc
UNIVERSITÀ DI MACERATA
l'umanesimo che innova

ISBN 978-88-6056-593-8
Stampato nel mese di ottobre 2018
©2018 **eum edizioni università di macerata**
Centro Direzionale, via Carducci snc – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

IMPAGINAZIONE E GRAFICA
Chiara Crucianelli
Ufficio Comunicazione e Relazioni Esterne
/ UNIVERSITÀ DI MACERATA
Palazzo Romani Adami, Via Crescimbeni, 30/32 - 62100 Macerata (MC)
ufficio.comunicazione@unimc.it
www.unimc.it

Stampato nel mese di novembre 2017
Tipografia San Giuseppe
Via Vecchietti, 51 - 62010 Pollenza (MC)
info@tipografiasangiuseppe.it

Conferimento della
Laurea *honoris causa*
in Giurisprudenza a

THOMAS VORMBAUM
24 ottobre 2018

AUDITORIUM UNIMC
VIA P. MATTEO RICCI, 2
MACERATA

INDICE

SALUTO E INTRODUZIONE
DEL MAGNIFICO RETTORE
Francesco Adornato 7

LAUDATIO
Luigi Lacchè
PROFESSORE ORDINARIO
STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Carlo Piergallini
PROFESSORE ORDINARIO
DIRITTO PENALE 11

LETTURA DEL DISPOSITIVO DI CONFERIMENTO
Ermanno Calzolaio
DIRETTORE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA 37

PROCLAMAZIONE DEL LAUREATO 39

LECTIO DOCTORALIS
Thomas Vormbaum 41

Francesco **Adornato**

MAGNIFICO RETTORE

Autorità
Illustri Ospiti
Cari Colleghi
Cari Studenti
Signore e Signori

È con vero piacere che introduco questa cerimonia per il conferimento della Laurea honoris causa da parte dell'Università degli Studi di Macerata a Thomas Vormbaum, professore universitario, fra i più insigni studiosi, a livello internazionale, del diritto penale, del processo e della storia dei sistemi penali, cultore della comparazione e della teoria del diritto.

Scegliendo il professor Vormbaum il Dipartimento di Giurisprudenza e il suo Corpo docente si sono posti pienamente nel solco della tradizione del nostro Ateneo che, attraverso il conferimento della laurea honoris causa, intende onorare illustri personalità di rilievo internazionale, le quali, nei diversi campi scientifici e culturali, si siano particolarmente distinte per l'originalità e la rilevanza del loro impegno, della loro ricerca nonché dell'importante contributo scientifico e culturale apportato alla Comunità, nel senso più ampio del suo significato. Tutto ciò non disgiunto da quelli che sono gli interessi scientifici e culturali coltivati nel nostro Ateneo, al fine di richiamare di volta in volta l'attenzione su modi esemplari di interpretarli e svilupparli a vantaggio di tutti i Corpi dell'Accademia maceratese e dell'intera collettività.

L'Ateneo onora oggi un eminente studioso del diritto penale, del diritto processuale penale e della storia giuridica contemporanea: discipline che ha insegnato nella FernUniversität di Hagen – in Renania Settentrionale-Vestfalia – fino al 2011.

Nello stesso Ateneo il professor Vormbaum ricopre, dal 2001 al 2008, le cariche di preside e di prorettore.

Sotto il suo impulso l'Istituto di Hagen diviene un riferimento di eccellenza, fondamentale per lo studio del diritto penale, della storia del diritto penale

contemporaneo, della giustizia, della teoria e della comparazione giuridica.

Il professor Thomas Vormbaum vanta un'amplissima produzione scientifica di oltre cinquecento pubblicazioni. Ha tenuto corsi in molte università italiane e di altri Paesi. È promotore – si direbbe infaticabile – di numerose attività culturali e scientifiche. È ritenuto unanimemente maestro e mentore di diverse generazioni di studiosi.

Merita una nota particolare anche il suo impegno nell'opera di traduzione verso il tedesco di opere di autori italiani nel campo del diritto penale, della storia e della cultura giuridica, con la quale ha dato un prezioso contributo alla diffusione della penalistica e della cultura giuridica italiana. Inoltre, vorrei sottolineare un ulteriore tratto dell'opera del professor Vormbaum che lo avvicina ancor di più al nostro Ateneo a vocazione umanista. Sono sue, infatti, le più recenti traduzioni tedesche della *Divina Commedia* (2003-2005), della *Vita Nova* (2007), del *De vulgari eloquentia* (2009), del *De Monarchia* (2010), delle *Rime* (2014) di Dante Alighieri, che gli sono valse il prestigioso premio Jürgen-Prölss nel 2016. Anche alcune opere di Torquato Tasso, Ugo Foscolo, Alessandro Manzoni, Giacomo Leopardi, Giosuè Carducci, Leonardo Sciascia sono state oggetto di traduzione da parte del professor Vormbaum.

Significativi appaiono, dunque, i versi di Dante Alighieri nel VI Canto del Paradiso:

"Cesare fui e son Iustinïano,
che, per voler del primo amor ch'i' sento,
12 d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano."

Quest'opera di sottrazione dell'eccesso e dell'inutile, e – si direbbe in termini attuali - di armonizzazione è un compito quanto mai importante per un giurista che nello studio del diritto trova strumento e occasione per restituire agli istituti la loro natura ancillare rispetto all'uomo, alla sua dignità e alla convivenza civile.

È proprio questo ciò che volevamo significare quando abbiamo scritto nell'invito alla cerimonia che Thomas Vormbaum ha saputo conservare al "diritto di punire" ragioni di civiltà, umanità, giustizia.

Prima di lasciare la parola ai Colleghi Lacchè e Piergallini per la *laudatio*, che darà luce e merito allo straordinario profilo di studioso e giurista umanista del professor Vormbaum, voglio concludere sottolineando come, ancora una volta, l'Università di Macerata, fondata nel 1290, rinnovi anche in queste occasioni il mandato che riceve dalla sua gloriosa tradizione: custodire e tramandare alle giovani generazioni un patrimonio di saperi a servizio dell'uomo inteso nella sua interezza e nella sua dimensione relazionale. Un umanesimo capace di accendere passioni, vite; di ispirare pensieri e creatività; di contaminare e contaminarsi, in un arricchimento e progresso continui. Un umanesimo che innova e, nel contempo, include, superando tensioni, divisioni, confini. Un umanesimo integrale che rivela all'uomo, in un costante rimando, la sua essenza e dignità; e, a noi, custodi pro-tempore di questa missione, il cammino da seguire.

Luigi **Lacchè**

PROFESSORE ORDINARIO
Storia del diritto medievale
e moderno

DIPARTIMENTO DI
Giurisprudenza

Carlo **Piergallini**

PROFESSORE ORDINARIO
Diritto penale

DIPARTIMENTO DI
Giurisprudenza

Luigi Lacchè, Carlo Piergallini

Magnifico Rettore

Autorità

Cari Colleghi e Studenti

Signore e Signori

1. Elementi per una breve biografia intellettuale

È con grande piacere e soddisfazione che ci accingiamo, io e il collega e amico Carlo Piergallini, a pronunciare la *laudatio* dell'opera scientifica di Thomas Vormbaum. Il nostro Dipartimento e l'Ateneo hanno inteso onorare - nel solco di una illustre tradizione - uno dei maggiori studiosi internazionali del "fenomeno" penale considerato nella sua più ampia accezione culturale e scientifica. Thomas Vormbaum è nato a Münster il 18 giugno 1943. Ha studiato giurisprudenza, storia e scienze politiche in due delle più antiche e prestigiose Università tedesche, la *Westfälische Wilhelms-Universität* di Münster e la *Julius-Maximilians-Universität* di Würzburg. Dopo gli esami di Stato, ha intrapreso la carriera accademica. Si è addottorato sotto la guida di due giuristi e storici, in Giurisprudenza nel 1975 con Rudolf Gmür e pochi anni dopo, nel 1979, in Filosofia con Heinz Dollinger. Nel 1985 ha ottenuto a Münster, con il prof. Jürgen Welp, l'abilitazione all'insegnamento del diritto penale, del diritto processuale penale e della storia giuridica. Nella FernUniversität di Hagen – in Renania Settentrionale-Vestfalia – ha tenuto dal 1994 sino al 2011 la cattedra di Diritto penale, diritto processuale penale e storia giuridica contemporanea, ricoprendo le cariche di preside (2001-2008) e di Prorettore.

Ha tenuto corsi e conferenze in molte Università d'Italia e di altri paesi. Con più di cinquecento pubblicazioni all'attivo, tradotto in varie lingue (italiano, inglese, spagnolo, portoghese, giapponese), il penalista tedesco ha coltivato tutti i generi letterari e ha fatto del suo Istituto di Hagen[1] uno dei poli internazionali di eccellenza nel campo del diritto penale, della storia del diritto penale contemporaneo, della giustizia, della teoria e della comparazione giuridica.

È compito tutt'altro che facile, quindi, dare appena conto della ricchezza tematica e della varietà dell'opera del nostro Candidato. Ma prima di selezionare e proporVi alcuni aspetti fondamentali della sua specifica attività di ricerca, non si può prescindere, a nostro avviso, da due profili che meritano di essere subito evidenziati. Vormbaum non è solo l'eminente studioso che conosciamo. Egli è stato ed è - ora come attivissimo "pensionato" - anche uno straordinario e instancabile organizzatore di cultura e promotore di infinite attività scientifiche collettive. Basti pensare alla direzione e al coordinamento, nel corso del tempo, di innumerevoli serie editoriali e riviste scientifiche pubblicate presso alcuni dei più importanti editori di area tedesca[2]. La *generosità* scientifica e umana del prof. Vormbaum è un tratto fondamentale che rivela una rara apertura intellettuale e una formidabile curiosità. Sono almeno settanta i giovani studiosi che Vormbaum ha supervisionato nei loro percorsi di dottorato o verso l'abilitazione. Ma c'è anche un altro aspetto che merita di essere qui segnalato. Ci si riferisce all'incredibile impegno profuso

---

1 Th. Vormbaum, *Das Institut für Juristische Zeitgeschichte und sein Projekt „Historischer Kommentar zum Strafgesetzbuch"*; in *Jahrbuch der Gesellschaft der Freunde der FernUniversität*, 2003, pp. 165-176.

2 *Juristische Zeitgeschichte* (Nomos Verlag, Baden-Baden); *Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, poi Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin; Verlag W. de Gruyter, Berlin); *Juristische Zeitgeschichte – Kleine Reihe* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden); *Juristische Weiterbildung* (2001-2009) (Nomos-Verlag, Baden-Baden, poi Berliner Wissenschaftsverlag); con Michael Bohlander, Martina Haedrich: *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft* (Münster, LIT-Verlag, Münster); Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften (Münster, LIT-Verlag, Münster); *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschicht*; *Humaniora* (Münster, LIT-Verlag, Münster); *Anwalt Start* (Verlag WoltersKluwer); *Juristische Weiterbildung – Sportrecht* (Münster, LIT-Verlag, Münster); *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* (dal dicembre 2006).

nel tradurre in tedesco e nel promuovere traduzioni ed edizioni di opere di autori italiani nel campo del diritto penale, della storia e della cultura giuridica.

A nostra conoscenza, si tratta di un'attività che non ha eguali, con, sinora, decine e decine di traduzioni in lingua tedesca di monografie e saggi di penalisti, processualpenalisti, storici e filosofi italiani contemporanei. Le sue collane *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Italien* e *Kleine Schriften* presso il prestigioso editore LIT è solo la punta dell'*iceberg* e probabilmente Vormbaum è lo studioso straniero che più ha contribuito a diffondere la penalistica e la cultura giuridica italiana all'estero e, nella fattispecie, in un'area di grande tradizione come quella tedesca che ricomprende in Europa più di cento milioni di madrelingua.

Tutto ciò è già sorprendente. Ma chi ci ascolta deve conoscere un altro aspetto che, pur travalicando l'opera del giurista, è addirittura stupefacente. Lo deve conoscere anche perché il nostro è un Ateneo a forte *trazione umanistica* e Vormbaum è il modello perfetto di giurista *umanista*. Ebbene, il prof. Vormbaum è anche il traduttore moderno in tedesco del nostro Sommo Poeta, Dante Alighieri. Sue sono le più recenti traduzioni tedesche della *Divina Commedia* (2003-2005), della *Vita Nova* (2007), del *De vulgari eloquentia* (2009), del *De Monarchia* (2010), delle *Rime* (2014) per non dire di traduzioni che vanno da Tasso a Foscolo, da Manzoni a Leopardi, sino a Carducci e Sciascia. Per le sue edizioni dantesche ha ricevuto nel 2016 dalla *Freie Universität* di Berlino il prestigioso premio Jürgen-Prölss. I legami tra diritto, giustizia e letteratura offrono una chiave di lettura molto cara a Vormbaum che coltiva da tempo questo tipo di analisi con ricerche personali e con importanti traduzioni[3].

---

[3] Dal 2011 Vormbaum cura la collana *Humaniora* per i tipi di LIT Verlag. Tra i suoi lavori v. per esempio, Th. Vormbaum (a cura di), *Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines*, Berlin, BWV, 2006; Id., *Diagonale. Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur*, Münster, LIT, 2011 (2 ed. 2016); Id., *„Gerechtigkeit mit Huld im Bunde". Rechtshistorische Überlegungen zu Ludwig van Beethovens „Leonore / Fidelio"*, Münster, LIT, 2015; Id., *Norland als juristicher Tagraum. Rechtsutopien und Rechtsdystopien in Karl Mays Roman "Scepter und Hammer"*, Münster, LIT, 2016; Id., *„Als Doktor beider Rechte". Heinrich Heine und die Jurisprudenz*, Münster, LIT, 2016; *Zauberberg und Läuterungsberg. Dante-Rezeption bei Thomas Mann*, Münster, LIT, 2017 (2 ed.).

2. Thomas Vormbaum storico del diritto penale contemporaneo

Questa *laudatio* non coinvolge un solo studioso, come accade abitualmente. La compresenza di uno storico del diritto penale e di uno studioso del diritto penale non è però né casuale né arbitraria. Essa, anzi, è apparsa indispensabile per dare conto, in maniera unitaria, delle due principali "anime" scientifiche di Thomas Vormbaum. In Germania è consuetudine accademica "fondere" in una stessa cattedra quelli che in Italia sono autonomi e distinti settori scientifico-disciplinari. Come abbiamo già osservato, Vormbaum ha insegnato diritto penale, diritto processuale penale e storia contemporanea. Molto si potrebbe discutere sull'organizzazione del sapere giuridico e del suo insegnamento in Germania e in Italia, ma non è questa la sede. Una cosa è certa: in Vormbaum, storia, diritto penale e giustizia non sono campi paralleli o giustapposti, ma sono tre facce di uno stesso poliedro. Il suo è un caso mirabile di armonia e di circolarità dei saperi. Nella deriva odierna verso l'eccesso di tecnicizzazione e ultra-specializzazione del diritto, la proposta di Vormbaum valorizza invece una sostanziale unità culturale, presupposto per comprendere al meglio la complessità storica, dogmatica e operativa di un diritto penale a più dimensioni.

La vocazione di Vormbaum per la penalistica si consolida poco a poco ed emerge nei primi anni '80[4] e in sede di abilitazione. Nel decennio precedente aveva già pubblicato alcuni importanti studi di storia giuridica contemporanea legati alla codificazione civile (il famoso BGB del 1900) e ad alcune grandi questioni sociali e politiche[5]. Le prime monografie sulla tutela

---

[4] In particolare *Entkriminalisierung und Strafgesetz. Über Schwierigkeiten, Entkriminalisierung zu begründen und zu verwirklichen,* in *Festchrift für Rudolf Gmür*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1983, pp. 323-343; le monografie *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils. Untersuchungen zum Strafrechtsschutz des strafprozessualen Verfahrenszieles*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; *Die Lex Emminger vom 4.Januar 1924. Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen. Ein Beitrag zur deutschen Strafrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

[5] Tra i più importanti: *Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19.Jahrhundert. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin, New York, de Gruyter, 1976; (a cura di), *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation. Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse*

del giudizio penale (1987), sul cd. decreto Emminger che nel 1924 soppresse i tribunali con giuria (1988), sul tema del giuramento e dello spergiuro (1990)[6] definiscono i primi contorni dell'approccio metodologico che svilupperà nel corso degli anni. Nel 1993 Vormbaum pubblica un'ampia raccolta di testi sulle teorie penali moderne[7] e affronta un tema destinato ad essere centrale nel suo lavoro. In un volume curato da Michael Stolleis, il Nostro riflette sul concetto di *juristische Zeitgeschichte*[8] - storia giuridica contemporanea - che ora declina soprattutto nell'ambito penalistico. Seguendo il punto di vista "oggettivo" che privilegia le grandi strutture storiche, l'autore mette a fuoco la dimensione dell'epoca attuale (*gegenwärtige Epoche*) vista – per riprendere il concetto elaborato da Reinhart Koselleck – come "età-sella" (*Sattelzeit*) o "età-cerniera" nella quale si accumulano processi che portano a una nuova "situazione" storica[9]. La storia contemporanea del diritto penale non può più limitarsi ad essere "storia dei dogmi" ma deve "aprirsi alle implicazioni sociali e politiche del diritto ed inquadrarsi nel relativo contesto sociale e storico-generale"[10]. Essa non perde la propria specificità, ma al tempo stesso diventa più consapevole delle innumerevoli dimensioni della storia generale.

---

während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, de Gruyter, 1977 (2 ed. aumentata e rivista, Nomos,1997); *Politik und Gesinderecht im 19.Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810 - 1918)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

6 Th. Vormbaum, *Eid, Meineid und Falschaussage. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

7 Th. Vormbaum (a cura di), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, 2 voll., Baden-Baden, Nomos, 1993.

8 Th. Vormbaum, *Zur juristichen Zeitgeschichte*, in M. Stolleis (a cura di), *Juristische Zeitgeschichte - ein neues Fach?*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 69-81. Vedi anche Th. Vormbaum, Marcel Senn, *Dialog über Juristische Zeitgeschichte*, in *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 6, 2004/2005, pp. 219-232.

9 Cfr. Th. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, ESI, 2018, pp. 9-26; Id., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, Cedam, 2013 (1 ed. tedesca 2008; ed. inglese 2013), pp. 1-27. Le due edizioni italiane della *Storia* e dei *Saggi* sono state promosse con grande merito da Sergio Vinciguerra.

10 Th. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, cit., p. 11.

È la feconda stagione dell'Illuminismo a rappresentare il solido punto di avvio. Nel lavoro di Vormbaum scorgiamo sempre un approccio storico-critico capace di leggere la complessità dialettica di ogni movimento. Il lato positivo della medaglia nasconde sempre delle ombre o dei potenziali pericoli. Il grande programma liberatorio dell'Illuminismo penale veicola secolarizzazione e individualizzazione ma il razionalismo utilitaristico apre alcune crepe sul piano dell'umanizzazione della pena. Lo straordinario valore fondativo delle teorie di Immanuel Kant e Paul Johann Anselm Feuerbach che, pur con obiettivi diversi, incardinano il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e la teoria della violazione del diritto nel processo di formazione dello Stato di diritto trova nel concetto di bene, introdotto nel 1834 dal penalista Johann Michael Franz Birnbaum[11] – e successivamente rivisto da Karl Binding in termini di "bene giuridico" – un'oggettiva istanza di espansione del diritto penale.

Le ambivalenze e le contraddizioni del modello liberale segnarono così il XIX secolo e, secondo Vormbaum, trovarono in Franz von Liszt[12] e nella sua teoria dello scopo anche un potenziale cavallo di Troia per lo sviluppo di una visione "strumentale" del diritto penale nel nuovo contesto di affermazione delle scienze empiriche e del positivismo. Le tre funzioni della pena richiamate da von Liszt – rieducazione, intimidazione e neutralizzazione – aprirono la strada alla categorizzazione della figura del "delinquente", facendo emergere definitivamente il problema della personalità dell'autore e del suo "atteggiamento interiore" (*Gesinnung*). Nel suo fitto dialogo con la tradizione della penalistica tedesca[13], Vormbaum discute criticamente anche le posizioni di una figura centrale del Novecento, ovvero di Gustav Radbruch, al-

---

11 Johann Michael Franz Birnbaum, *Zwei Aufsätze. Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens (1834). Bemerkungen* über *den Begriff des natürlichen Verbrechens (1836)*, a cura di J. L. Guzman Dalbora, Th. Vormbaum, Münster, LIT, 2011.

12 Th. Vormbaum, *Echi della Scuola positiva in Germania*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., pp. 65-82; Id., *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., pp. 164 ss.

13 Oltre ai lavori citati, cfr. l'antologia di testi a cura di Th. Vormbaum, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2011.

lievo di von Liszt: il "legislatore" degli anni Venti[14] e il giurista della famosa "formula"[15] che nel dopoguerra – di fronte agli orrori del nazismo e ai suoi effetti – riscopre il diritto naturale e la giustizia come "antidoti" contro il "diritto ingiusto" e il "non diritto". Il tema della "giustizia" e della sua totale distruzione è imprescindibile per comprendere da un lato la portata del diritto penale nazionalsocialista – ma in un percorso di più lungo periodo – sino all'abominio dei campi di sterminio. Tuttavia, il tema della "catastrofe" e della sua "eccezionalità" rischia di essere fuorviante per Vormbaum se non lo si collega al tema della responsabilità operativa dei giuristi e dei giudici e con il drammatico problema dell'elaborazione del passato[16].

La storia del penale di Vormbaum è tutto meno che una storia "progressiva". È una storia, come lui stesso dice, di "isole", è un arcipelago nel quale le idee di progresso, di libertà e di affermazione della dignità umana devono continuamente fare i conti con altre "isole": la *flessibilizzazione* e quindi il dominio dell'idea di scopo (*Zweckidee*) sull'idea di diritto (*Rechtsidee*) che promuove continue leggi di "lotta" e l'espansione del penale; il ritorno alla *moralizzazione* e al rigetto dell'imperativo kantiano; il richiamo alla crescente configurazione delle fattispecie in senso soggettivo piuttosto che oggettivo.

Di fronte a queste realtà del presente e del passato Thomas Vormbaum fa sua, seguendo una distinzione di Wolfgang Naucke, "la concezione idealtipi-

---

14 Sui progetti legislativi di Radbruch v. Th. Vormbaum, K. Rentrop (a cura di), *Reform des Strafgesetzbuchs. Sammlung der Reformentwürfe*, 3 voll., Berliner Wissenschaftsverlag, 2008. Per il "confronto" con il progetto Ferri del 1921 v. Th. Vormbaum (a cura di e trad.), *Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch* über *Verbrechen von 1921* («Progetto Ferri»), Text und Kommissionsbericht. Mit einer Einleitung von S. Seminara, Münster, LIT, 2014.

15 Vormbaum ha curato l'edizione tedesca del fondamentale contributo di G. Vassalli, *Radbruchsche Formel und Strafrecht. Die Bestrafung von „Staatsverbrechen" im postnazistischen und postkommunistischen Deutschland*, De Gruyter, 2010.

16 Vedi almeno Th. Vormbaum, *Strafjustiz im Nationalsozialismus. Ein kritischer Literaturbericht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pp. 1-31; Id., *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943. Materialien zur Verordnung und zu den Durchführungsverordnungen*, Münster, LIT, 2011; i saggi *Il tribunale del popolo durante il dominio nazista (1934-1945)*; *La legislazione razziale nella Germania nazista*; *L'elaborazione del passato*, ora in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., pp. 83-96, 97-112, 113-129.

ca di una scienza penale limitativa, visto che soltanto questa rende possibile di pensare al concetto di un diritto penale liberale". "Il diritto penale, osserva l'autore, proprio perché diritto, ha il compito principale di delimitare quella domanda di pena proveniente dalla società e dalla politica"[17]. Trovandoci nell'Università di Macerata non può non venire in mente un concetto e una categoria storiografica coniata dal nostro Mario Sbriccoli – mi riferisco alla sua "penalistica civile" – che Vormbaum apprezza al punto da aver promosso la traduzione postuma in tedesco del saggio omonimo[18]. La penalistica di Vormbaum rivela una forte valenza "costituzionale" che, restando nel panorama italiano, lo avvicina al grande Francesco Carrara[19], almeno nella dimensione più genuinamente liberale del XIX secolo. All'opposto ci sono il diritto penale del nemico[20], il diritto penale autoritario e le estremizzazioni panpunitive nella sfera politica, sociale ed economica.

Nel suo magistero e nella sua instancabile attività di ricerca Vormbaum ha ricoperto almeno due ruoli fondamentali. L'uno - già richiamato - di mediatore e di tramite tra la cultura penalistica tedesca e quella italiana[21]. Per certi

---

17 Th. Vormbaum, *La filosofia dell'Illuminismo nel dibattito penale tedesco odierno*, ora in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., p. 40.

18 M. Sbriccoli, *Die bürgerliche Strafrechtswissenschaft. Theorien und Ideologien des Strafrechts im vereinigten Italien*, con introduzione di L. Lacchè, *Einführung: Die Bürgerliche Strafrechtswissenschaft – Zur Interpretation der Geschichte des Strafrechts und der Strafjustiz im zeitgenössischen Italien*, Münster, LIT, 2014.

19 Non a caso Vormbaum ha tradotto e pubblicato su questo tema un mio contributo: L. Lacchè, *Die „konstitutionelle Strafrechtswissenschaft" und der „juristische Liberalismus". Probleme und Bilder der Gesetzlichkeit im Denken Francesco Carraras*, in Th. Vormbaum (Hrsg.), *Beiträge zur Geschichte der modernen italienischen Strafrechtswissenschaft*, Münster, LIT, 2014, pp. 83-113.

20 Th. Vormbaum, *Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik*, in Th. Vormbaum, M. Asholt (a cura di), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster, LIT, 2009.

21 Come detto, è impossibile dare conto in questa sede di tutti i lavori di traduzione ed edizione di opere di autori italiani. Per alcune raccolte generali v. E. Dezza, S. Seminara, Th. Vormbaum (a cura di), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012; Th. Vormbaum (a cura di), *Arturo Rocco und der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*, Münster, LIT, 2013; S. Vinciguerra, Th. Vormbaum (a cura di), *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Italien („Codice Zanardelli") vom 30 Juni. 1889*, Münster, LIT, 2014; Th. Vormbaum (a cura di), *Beiträge zur*

versi, almeno da questo punto di vista, ho sempre pensato a Thomas come al Mittermaier del XX secolo[22], il penalista tedesco, a lungo collaboratore di Feuerbach, che, come nessun altro, nella prima metà del XIX secolo, ha messo in relazione le due culture attraverso opere, riviste, traduzioni e la sua enorme corrispondenza.

L'altro ruolo di Vormbaum è, appunto, quello del penalista neoliberale, che si è battuto e si batte per conservare al diritto penale la dimensione dell'"incivilimento" e quella "antiautoritaria" della limitazione del potere. "Il potere richiede… un controllo critico permanente, a prescindere da se e dal quanto sia legittimo". "Per chi – come Vormbaum – ritiene che il diritto penale e la scienza del diritto penale debbano essere strumenti di critica del potere ed imbrigliare e monitorare la prerogativa statale di punire, la storia del diritto penale è una componente imprescindibile della scienza penalistica"[23]. Ecco, infine, il ritorno alla storia, alla sua capacità di poter essere coscienza critica, una storia "utile", mai antiquaria né volta ad affermare tesi precostituite o pregiudizi. Una storia, invece, in grado di porre domande importanti e scottanti per il nostro presente.

Geschichte der italienischen Strafrechtswissenschaft im 19.und 20. Jahrhundert, cit.; Th. Vormbaum (a cura di), *Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Kriminalpolitik,* Münster, LIT, 2015. Possiamo solo ricordare i nomi: oltre a Cesare Beccaria, Pietro Verri, Cesare Lombroso, Arturo Rocco, Filippo Grispigni, tra i contemporanei: G. Acerbi, E. Amodio, R. Bartoli, F. Basile, L. Cajani, S. Canestrari, A. Cadoppi, D. Castronuovo, M.A. Cattaneo, A. Ceretti, P. Costa, M. Da Passano, G. De Francesco, C. De Maglie, A. Di Martino, M.G. Di Renzo Villata, M. Donini, E. Dezza, O. Di Giovine, P. Ferrua, G. Fiandaca, L. Foffani, G. Fornasari, E. Fronza, M. Gallo, U. Gatti, L. Garlati, G. Insolera, R. Isotton, S. Labate, L. Lacchè, S. Larizza, M. Lucchesi, M. La Torre, S. Manacorda, A. Manna, M. Mantovani, G. Marinucci, V. Marotta, M. Meccarelli, S. Moccia, A. Negri, D. Negri, G. Neppi Modona, M. Nobili, F. Oliva, F. Palazzo, P. Palchetti, M. Papa, L. Picotti, M. Pifferi, D. Pulitanò, M. Sarfatti, M. Sbriccoli, T. Scovazzi, L. Scuccimarra, S. Seminara, D. Siciliano, C. Sotis, A. Spena, P.Sullo, D. Tafani, E. Tavilla, F. Tedesco, G. Vassalli, D. Velo Dalbrenta, A. Verde, T. Vettor, R. Villa, S. Vinciguerra, F. Zanuso, L. Ziletti.

22 C. J. A. Mittermaier, *Über den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft in Italien (1851-1852)*, a cura di Th. Vormbaum, M. Gebauer, Münster, LIT, 2015.

23 Th. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., XIX-XX.

3. La dommatica di Thomas Vormbaum

Se dall'"anima" storica si transita a quella di Vormbaum studioso del diritto penale, non si fa fatica a cogliere che essa tramanda, con non comune nitore, i fondamenti di una *dommatica* fortemente 'caratterizzata', solcata da un appassionato e vibrante richiamo ai *limiti del potere punitivo*. Al cospetto del "diritto penale", per come si è sviluppato nella storia, Vormbaum mostra un interesse privilegiato per la parola "*diritto*", da intendersi come studio di quali siano i limiti al suo esercizio, di quali possano essere, cioè, le azioni che si possono legittimamente sanzionare con la pena. È vero che, per quanto concettualmente diversi, il problema della giustificazione della pena e il problema della individuazione dei caratteri del reato, dell'azione punibile, sono fra loro strettamente connessi, ma, secondo Vormbaum, non ha senso porsi il problema dello scopo da attribuire alla pena, se, *prima ancora*, non si è stabilito quando una data azione sia legittimamente punibile. Riecheggia il motto di Carrara, allorché avvertiva che "la sanzione [...] ha la sua legittimazione spontanea dalla legittimità del divieto"[24]. È questo il filo conduttore dei Suoi studi e, per scrutarlo, nell'impossibilità, in questa sede, di percorrere trasversalmente le Sue opere, ci si limiterà a richiamare alcuni saggi, segnatamente: gli studi sul *diritto penale totalitario*, con riguardo all'immane tragedia *nazionalsocialista*[25] e quelli sull'*espansione del diritto penale* in rapporto alla "*frammentarietà*" che dovrebbe 'marcarne' la natura e lo scopo[26]. Una scelta, questa, che può apparire contraddittoria, vista la 'distanza' che separa questi argomenti. Eppure, con gli occhi del dommatico, attento alla struttura e alla

---

[24] F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* (1861), in *Opuscoli di Diritto criminale*, vol. I, Lucca, Giusti, 1870, p. 264.

[25] V., in proposito, le due splendide lezioni maceratesi (del 2012) su *Diritto e nazionalsocialismo*, Macerata, Eum, 2013.

[26] Tra i tanti lavori, si vedano un risalente, bellissimo saggio dal titolo *Entkriminalisierung und Strafgesetz*, cit., pp. 323 ss., e i più recenti *Fragmentarische Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, Bd. 123, 2011, pp. 660 ss., *Diritto penale antiautoritario*, testo della conferenza tenuta all'Università di Modena e Reggio Emilia il 3 marzo 2011, ora nel volume Th. Vormbaum, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., pp. 131 ss.

funzione delle componenti della sistematica del reato (il tipo, l'antigiuridicità, la colpevolezza), Vormbaum riversa ancora una volta un vigoroso appello ai *principi fondativi del diritto penale*, per come tracciati dall'Illuminismo, e riletti in una sapiente, originale e accalorata prospettiva che definirei "*neoliberale*", attenta ai 'limiti' (di legittimazione) del potere punitivo[27].

4. L'epoca nazionalsocialista: continuità o rottura con i principi del liberalismo penale?

Il pensiero di Vormbaum brilla per inusuale chiarezza e perentorietà: durante la dominazione nazionalsocialista, il diritto penale *non conobbe una frattura* rispetto al passato, perché, nella scienza penalistica del XIX e del XX secolo, erano già rintracciabili i germi di una *involuzione 'autoritaria'*, frutto di un sensibile allontanamento dalla paradigmatica di derivazione illuministica e kantiana, che vedeva il predominio del "fatto" (tipico e determinato), lesivo di un diritto soggettivo, sull'"autore" (per questa via, la violazione del diritto soggettivo decurtava la discrezionalità del legislatore nella politica criminale, dovendo trovare attuazione solo un diritto naturale codificato, rispetto al quale l'atto legislativo rilasciava una valenza meramente dichiarativa). Semmai, prosegue Vormbaum, l'epoca nazionalsocialista ha fatto segnare una *radicalizzazione* del processo, che non autorizza, però, a recidere i legami con la tradizione. Non senza dimenticare, tuttavia, che il regime nazista ostentò una *propria, specifica patologia*, vale a dire quella di erigersi esso stesso ad "autore", cioè a *Stato criminale*[28].

---

[27] Una prospettiva, questa, che si può pure cogliere, al netto delle differenziazioni, nell'opera di M.A. Cattaneo: tra i tanti lavori, v. *Illuminismo e legislazione*, Milano, Ed. di Comunità, 1966; *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990.

[28] Per un'analisi del tema della capacità degli stati costituzionali moderni di salvaguardare i rispettivi ordinamenti da rischi di svolte antidemocratiche, agevolate da un uso autoritario dello strumento punitivo, v. E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura,* Torino,

Questa netta, impegnativa presa di posizione viene assunta da Vormbaum, non solo con la lente dello 'Storico', ma anche del '*Dogmatico*', attraverso un'analisi che penetra da vicino la struttura e la metamorfosi di alcuni fondativi istituti penalistici in tale periodo. I germi della deriva autoritaria di fine ottocento e degli inizi del novecento vengono ricostruiti come segue.

(a) La *scoperta dell'"autore"*, che trova il suo manifesto nell'opera di Franz von Liszt, che proietta nell'arena penalistica l'*idea dello scopo*: sotto l'influsso del positivismo scientifico, viene sferrato un attacco alla teoria retributiva della pena, inficiata da un'inutile assolutezza, a beneficio dell'idea che il diritto penale debba a servire a qualcosa, debba avere uno scopo; è risaputo quale: la pena deve garantire la sicurezza e deve risolversi in una coercizione rivolta contro la volontà del delinquente, a sua volta 'scomponibile' in una pluralità di rei bisognosi di uno specifico trattamento. Non si fa fatica, rileva Vormbaum, a cogliere il prolungamento tra questa impostazione e la figura del "*delinquente abituale*", che darà corpo ad una delle prime leggi del regime nazionalsocialista. Peraltro, il 'dogmatico' Vormbaum non ignora la barriera garantistica elevata da Von Liszt, compendiabile nel celebrato motto secondo il quale "il diritto penale è la *Magna Charta* del delinquente" oltre che il limite invalicabile della politica criminale. Purtuttavia, l'innegabile riaffermazione del baluardo delle garanzie sottese al *nullum crimen* assumerebbe un rilievo decisamente inferiore rispetto al principale precipitato del programma lisztiano, da cogliere nel progressivo, infido *passaggio da un diritto penale del fatto ad un diritto penale dell'autore*, il cui prodotto – il delinquente e le sue tipologie – divenne un architrave del regime totalitario.

(b) La definitiva *sepoltura del reato come lesione di un diritto soggettivo* a vantaggio della nuova categoria del "*bene giuridico*". In questo ambito, Vormbaum disegna, con grande acribia, le conseguenze di questo mutamento, già a partire dal lavoro di Birnbaum del 1834, il quale, come è noto, evidenziò

Einaudi, 1983. La teoria del "doppio Stato" evocherebbe una deriva della democrazia, in cui, da un lato, le fonti di legge primaria tendono ad allontanarsi dai principi fondamentali (espressi nelle Costituzioni) e, dall'altro lato, gli strumenti normativi di rango regolamentare si sostituiscono alla legislazione ordinaria, traducendo la forza dell'apparato di potere insediatosi.

che non sarebbe possibile violare i diritti in quanto tali, ma, semmai, i *beni* che ne costituiscono l'oggetto. Una prospettiva, questa, che fece da *volano* all'idea di una *espansione del diritto penale*: da un lato, infatti, la prospettiva di una tutela ancorata ai diritti soggettiva oscurava situazioni e beni meritevoli di tutela anche alla luce delle mutate condizioni economiche e sociali; dall'altro lato, il riferimento all'oggetto della tutela lasciava comunque intatto il limite garantistico di un diritto penale del fatto, lesivo di un bene afferrabile, di spessore materiale, deputato a fungere da argine della discrezionalità del legislatore. Tuttavia, rileva Vormbaum, la scoperta di Birnbaum fu sottoposta ad 'aggiustamenti' che ne modificarono il DNA proprio nella sua valenza di 'argine': si pensi alla critica di Binding, che appioppò la qualifica di 'giuridico' al bene anche allo scopo di evidenziare come lo stesso non possa assurgere a strumento di limitazione del legislatore, ma, al più, a mezzo di autoregolazione; per non dire, sul terreno filosofico, dell'influsso *neokantiano*, che partorì una *nozione teleologica* di bene giuridico, che intendeva questo come un *valore*, la cui tutela è lo scopo della fattispecie legislativa. Per tale via, il bene giuridico smarriva il contatto con il suo oggetto, '*spiritualizzandosi*', sì da perdere qualsiasi funzione critico-limitativa della discrezionalità del legislatore (la concezione cd. metodologica ne costituisce uno degli sviluppi più preoccupanti).

A dispetto dei vibranti (deliranti) saggi dei Penalisti dichiaratamente vicini al regime nazionalsocialista contro il bene giuridico, 'bollato' come un vecchio e inservibile arnese rispetto alla 'nuova' idea del reato come violazione di un obbligo di fedeltà, espressione di una esigenza di giustizia sostanziale, Vormbaum è dell'avviso che il processo di dilatazione del diritto penale, agognato dal legislatore nazista, non avrebbe incontrato alcuna sensibile resistenza nell'ancoraggio al bene giuridico, per sua natura incline all'espansione, specie una volta spiritualizzato (lo riprova il fatto che la categoria non fu capace, neppure in parte, di issarsi a paratia nei confronti delle prime degenerazioni autoritarie dello Stato liberale).

La severa presa di posizione di Vormbaum abbraccia pure il *positivismo giuridico*, egemonico fino alla fine del XIX secolo, definito come "senza valori"

e, dunque, prono all'irrigidimento in senso autoritario del sistema penale dell'epoca ed incapace di 'frenare' le manifestazioni di irrazionalismo interpretativo dell'epoca nazista. Su questo specifico profilo, può essere interessante ricordare la (in parte) diversa opinione di Alessandro Baratta nel suo celebrato lavoro *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933* del 1966, in cui imputa prevalentemente all'indirizzo della Scuola di Marburgo, al neokantismo e alla filosofia dei valori la trasformazione della dommatica del reato in una direzione che, volta a superare le prospettive positivistiche e formalistiche, culminò nel passaggio da un diritto penale del fatto ad un diritto penale dell'autore, nella scoperta del concezione materiale dell'antigiuridicità e di elementi soggettivi al suo interno e nella concezione normativa della colpevolezza: in definitiva, si aprì il campo ad un processo di soggettivizzazione del diritto penale. A parere di Baratta, perciò, le degenerazioni irrazionalistiche sono da collegare non tanto con il positivismo giuridico quanto piuttosto con la sua crisi, cioè con il venir meno del principio di certezza del diritto, dello svuotamento della legalità, con l'oscurarsi della distinzione tra diritto e morale, tra forma giuridica e realtà sociale, "in una mistificante esaltazione del valore morale del diritto e della sostanza etica dello Stato".

La differente lettura offerta da Baratta testimonia efficacemente come si sia al cospetto di un tema complesso, 'sensibile', che coinvolge un'epoca storica tra le più controverse e drammatiche dell'umanità.

Del resto, il problema della "continuità" si è posto anche da noi: come si sa, il Codice Rocco fu partorito dal regime fascista e ci si è interrogati se costituì un elemento di discontinuità rispetto al Codice previgente (il codice Zanardelli), di impronta liberale, o se si pose in sostanziale continuità, approfondendo profili autoritari già presenti. Un dibattito, questo, compendiato in un fascicolo monografico della rivista *La questione criminale* del 1981, che permette di cogliere la diversità, talvolta rimarchevole, di posizioni. Una diversità con ogni probabilità pure condizionata da un dato ineludibile: la vigenza attuale del Codice Rocco, destinata fatalmente ad approfondire la trama del

dibattito sui suoi 'marcatori'.

Chi parla non è chiamato a prendere posizione, soprattutto perché non ne sarebbe capace. Mi preme solo abbozzare due spunti di riflessione.

Il pensiero di Vormbaum, nello scrutare con gli occhi del dogmatico, la condizione spirituale della scienza penalistica nel periodo in esame, è 'guidato' da una idea forte: quella dei *limiti insormontabili del diritto penale* (vale a dire una scienza penale che si preoccupi prima di tutto dei suoi *confini*), in una cornice costituzionale, capace di tenere lontani i "despoti della terra", che, come scrive Luigi Lacchè (nella prefazione alle due lezioni di Vormbaum sul diritto e nazionalismo), pure vivono in mezzo a noi. Un'idea questa che non esito a qualificare fondativa. Tuttavia, la storia del diritto penale rilascia una trama ricca di suggestioni, in cui le prospettive assiologiche e teleologiche hanno esercitato un fascino e un ruolo ricorrenti. Non credo che il perseguimento di tali prospettive debba immediatamente fomentare ansie per possibili derive. Non credo, cioè, per fare un esempio, che il riconoscimento della funzione del dolo all'interno del 'tipo' possa costituire terreno fertile per costruzioni dogmatiche autoritarie o, peggio, irrazionalistiche. Così come analogo pericolo non mi pare da individuare nella concezione normativa della colpevolezza. Vi sono i principi, i limiti invalicabili, di impronta illuministica e, perché no, giuspositivistica, ad impedire fughe in avanti, cioè di oltrepassare la legalità del 'tipo' con i suoi connaturati precipitati di non negoziabile garanzia.

La seconda riflessione è di natura politica. Il diritto penale è storicamente provvisto di una matrice autoritaria, che si traduce nel suo essere monopolista nell'uso della forza. Questa ineliminabile cifra autoritaria viene limitata, contemperata dal paradigma democratico[29]. Questo contemperamento, nei sistemi liberaldemocratici, apre il campo ad una relazione di natura dialettica tra autorità ed individuo[30]. La matrice democratica esercita il ruolo su

---

[29] Vengono riprese, sul punto, le considerazioni di C.E Paliero, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?,* in *Criminalia*, 2012, pp. 95 ss.

[30] Cfr. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale,* Milano, Giuffrè, 1967.

un duplice versante: nella selezione della materia da assegnare alla competenza del diritto penale e nella definizione del modo di disciplina, cioè il modello di incriminazione. È sotto gli occhi di tutti come, nella attuali democrazie, questo rapporto dialettico risenta di scossoni, di piegature, prevalentemente, oggi, nel senso di una maggiore *espansione del diritto penale*, anche nella dinamica *ermeneutica*. Ecco perché il volto del diritto penale, all'interno di una simile tensione, può assumere connotati diversificati (più o meno liberaldemocratici). Se viene meno, o si attenua significativamente, l'esistenza di uno degli elementi del dipolo – segnatamente, il paradigma democratico – il volto autoritario (la matrice storica) del diritto penale non conosce più ostacoli e potrebbe risultare illusorio sperare che un efficace ostacolo possa essere integrato dall'appello alle teorie che puntano ad esaltare la funzione limitativa del potere punitivo. Quando muore la democrazia, gli argini crollano, il dipolo sparisce e l'autoritarismo non conosce ostacoli. Basti pensare all'esperienza fascista: formalmente rispettosa di alcuni caposaldi del pensiero penalistico liberale, lo svuotamento del potere del parlamento ha favorito una rigogliosa fioritura di leggi speciali 'eccezionali', che hanno messo a nudo il valore essenzialmente declamatorio dei principi liberali pure affermati nella parte generale del codice. Al cospetto di un regime totalitario, come quello nazista, che si è issato al rango di Stato esso stesso *criminale* (evocative, in proposito, le pagine dedicate da Vormbaum alla "*patologia speciale*" del regime[31]), gli arnesi difensivi dell'illuminismo e dello giuspositivismo penale poco, a mio avviso, potevano. Il rapporto individuo/autorità conosce oggi insidie diverse: non più drammatiche, finali, bensì *ciclicamente carsiche*: il volto autoritario, simbolico del diritto penale si riespande e il problema della legittimazione dell'intervento penale sembra andare incontro all'ennesima crisi, popolata da nuovi subdoli attori (si pensi al formante massmediatico), che incide non solo sulla competenza 'materiale' del diritto penale ma pure sul suo modo di disciplina e addirittura sul suo lessico, sempre più spesso di foggia bellica e, dunque, autoritaria.

---

31 Th. Vormbaum, *Diritto e nazionalsocialismo*, cit., pp. 44 ss.

5. Depenalizzazione e frammentarietà del diritto penale

La depenalizzazione e la crisi della frammentarietà penale sono temi ricorrenti del dibattito penalistico all'interno dei suoi tre formanti (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale). Si tratta di argomenti ricchi di suggestioni, di contraddizioni, di andamenti sinusoidali, fatalmente condizionati dai labili umori delle società post-moderne, che riversano la dialettica, variamente motivata, tra espansione e contenimento del sistema penale. Vormbaum intravvede, nella legislazione degli ultimi cento anni, la tendenza a *deformalizzare, flessibilizzare* ed *espandere* il diritto penale, accompagnata da quella a *funzionalizzare, moralizzare, subiettivizzare* il diritto penale[32]. A ciò si associa il ricorso a tecniche interpretative, che, distanti dai principi di derivazione illuministica, si avvicinano ormai a una sorte di "ingegneria sociale"[33]. Tali tendenze, secondo Vormbaum, si calano nella postmoderna "Società del rischio"[34] e fomentano le coordinate di un omologo "diritto penale del rischio".

Disegnato, con impareggiabile maestria, questo trend, Vormbaum non dismette i panni dello storico e del dommatico. Ancora una volta, volge lo

---

[32] Così, Th. Vormbaum, *Diritto penale antiautoritario*, cit., pp. 132-133, in cui la prova di tali tendenze è ricavata: dalla proliferazione dei reati di pericolo astratto (e, dunque, da una forte anticipazione dell'intervento penale); dalla svalutazione del principio di determinatezza; dall'emanazione di norme esemplificative anziché tassative; dagli elementi soggettivi della fattispecie assurti a scatola di compensazione degli elementi oggettivi del tipo; dall'incremento delle posizioni di garanzia nei reati omissivi impropri; dall'aumento della discrezionalità del giudice nella fase della scelta e della commisurazione delle sanzioni; dalla previsione di sanzioni penali (misure di sicurezza) per autori non colpevoli, in particolare per i non imputabili. Nella nostra letteratura, cfr. C.E. Paliero, Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985.

[33] Th. Vormbaum, *Alcune riflessioni sui rapporti fra giustizia materiale e giustizia criminale,* testo della relazione svolta il 4 marzo 2011 al convegno modenese *La giustizia criminale. Premesse per un terreno di indagine comune*, ora pubblicato in Th. Vormbaum, *Saggi di storia*, cit., p. 188.

[34] È d'obbligo il rinvio al celebrato lavoro di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1986; trad. it. *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000.

sguardo al passato e rintraccia il precursore di tali tendenze espansive nell'*idea dello scopo*, introdotta da Rudolf von Jhering e calata nel *milieu* penalistico da Franz von Liszt, che la individuava nella *prevenzione*, che avrebbe dovuto issarsi a modello ispiratore nella lotta contro la criminalità (ritenuta sino ad allora inefficace da von Liszt). Osserva criticamente Vormbaum che un diritto penale dello scopo è inevitabilmente un diritto penale *politico*, fatalmente incline a sfruttare l'arnese penalistico per le finalità di volta in volta perseguite dal legislatore.

Sul terreno della *decriminalizzazione/depenalizzazione*, come strumenti di riduzione del sistema penale, gli studi di Vormbaum rivelano profili di straordinario interesse ed originalità, sorretti dal consueto filo conduttore, che rimanda al problema, centrale, della *legittimazione del diritto penale*.

Già il saggio sulla *decriminalizzazione*, comparso nel 1983 negli scritti in onore di Gmür, ha il pregio di evidenziare che la decriminalizzazione non costituisce un trend finalizzato esclusivamente a mitigare il diritto penale. È vero il contrario, nel senso che le ansie deflattive sono immancabilmente collegate, in un rapporto di reciproco condizionamento, con le istanze di nuova criminalizzazione. Su questo terreno, il pensiero di Vormbaum trova una indiscutibile conferma nella prassi, in cui i processi di depenalizzazione sono stati spesso seguiti dal suo 'opposto', talvolta addirittura con riguardo allo stesso oggetto (si pensi all'andamento ricorsivo della disciplina della circolazione stradale). Ma l'aspetto di maggiore originalità riguarda l'introduzione di una ulteriore innovativa prospettiva, che individua, nell'ambito della politica criminale, fenomeni di decriminalizzazione cd. "*difensiva*" accanto ad operazioni di decriminalizzazione cd. "*offensiva*"[35]. Se è vero, infatti, che la depenalizzazione si attua prevalentemente per mano del legislatore, che decide di accorciare i confini del sistema penale (eliminando fattispecie o delimitandone l'orbita della tipicità), ad analoghe esigenze risponde la resistenza opposta alla creazione di nuove fattispecie incriminatrici o all'interpretazione estensiva delle stesse.

---

[35] Th. Vormbaum, *Entkriminalisierung,* cit., pp. 333 ss.

Tuttavia, l'indagine critica di Vormbaum sugli strumenti di riduzione del sistema non sfugge all'interrogativo che aleggia sullo sfondo: se la scienza penale deve avere una funzione limitativa, quali sono le componenti che dovrebbero guidarla? Secondo Vormbaum, la prospettiva di un diritto penale ridotto è la *decriminalizzazione,* da implementare in vista di una prospettiva finale abolizionistica[36]. Il diritto penale, proprio perché diritto, ha il compito di delimitare la domanda di pena proveniente dalla società. Ma secondo quali parametri? Vormbaum evoca la *triade di Radbruch* (*giustizia, certezza giuridica, utilità*), che funge da indicazione operativa in base alla quale le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre risultati ingiusti, dannosi o inutili (rispetto alla conformità allo scopo). Qualora uno di questi tre obbiettivi non potesse essere soddisfatto, la criminalizzazione deve segnare il passo. Il concetto di "*giustizia*" richiama il *concetto materiale di delitto*: su questo terreno, Vormbaum ritiene che si debba tentare di riavvicinare il più possibile la categoria del bene giuridico alla (illuministica) lesione dei diritti[37]. La "*certezza*" funge da argine ad interpretazioni estensive ed analogiche, comprendendo pure la nozione di "accessorietà", relativa al fatto che il diritto penale non deve inventare beni giuridici, ma limitarsi a tutelare quelli già riconosciuti altrove dall'ordinamento. L'"*utilità*" è legata all'idea dell'*extrema ratio.*

Il perseguimento di questi obbiettivi trova preziosissimi approfondimenti nella funzione *riduttiva* dell'*attività interpretativa*, esaminata, con straordinario acume, nel più recente *saggio sulla frammentarietà*[38]. Vormbaum traccia due originali *coppie concettuali*: da un lato, la *frammentarietà esterna ed interna*; dall'altro lato, la *frammentarietà descrittiva e precettiva*. La *prima coppia* ci ricorda che il diritto penale ritaglia pezzi della realtà, assumendo una fisionomia 'insulare' e che, all'interno di tali ritagli, si danno ulteriori frammentazioni, insenature, a testimoniare che quel pezzo della realtà non viene comunque disciplinato a tappeto, ma in forma discontinua. La *secon-*

---

36 Th. Vormbaum, *Diritto penale antiautoritario*, cit., pp. 137-138.

37 Th. Vormbaum, *Diritto penale antiautoritario*, cit., p. 141.

38 Ivi, p. 141.

da coppia insegna che la frammentarietà si risolve nell'uso di un linguaggio naturalmente incompleto, che, in ragione del *nullum crimen*, non ammette 'compensazioni' di natura analogica. Inoltre, la descritta frammentarietà è carica di un significato *precettivo*, un profilo, questo, che riporta immediatamente al tema dei criteri di legittimazione del diritto penale. Vormbaum, con grandissima lucidità, ammonisce che, in uno stato di diritto, opera il principio *in dubio pro libertate*, sì che il ricorso allo strumento punitivo deve costituire l'*eccezione e non la regola*. La norma penale deve, perciò, rimanere un'isola frastagliata nel mare della libertà: ne derivano un recupero della funzione critica e delimitativa del bene giuridico, la rivalutazione della natura accessoria del diritto penale e il rifiuto di interpretazioni estensive.

Dagli studi esaminati, aggalla, in modo nitido, l'opzione per una *rifondazione in senso neoliberale* del diritto penale, in cui si assegna a quest'ultimo "il compito di delimitare l'anelito della società e della politica a mettere in gioco le pene (e le misure di sicurezza) quali strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato"[39].

Una rifondazione che, gettando lo sguardo sulla legislazione penale degli ultimi decenni, suona come un monito che continua, però, ahinoi, a restare in larga parte disatteso.

La *dilatazione del sistema penale* è sotto gli occhi di tutti, con il suo (inevitabile) carico di costi umani e di diseconomie processuali. Diversificate sono le cause che l'hanno alimentata: oltre a quelle dissotterrate da Vormbaum, vanno segnalati gli *inputs* eurounitari, la ricorrente funzione *placativa* assegnata alla pena e, sinergicamente, l'irruzione di un nuovo formante – quello *massmediatico* – osmotico al potere legislativo, al quale troppo spesso detta l'agenda politico-criminale. Assurta al rango di strumento elettivo, fin dagli anni settanta, la *depenalizzazione* si è rivelata uno strumento deludente. Diciamo la verità: l'unico merito, che le è ascrivibile, è quello di aver incentivato e formalizzato la sistematica dell'illecito amministrativo, grazie alla l. 689/1981. Per il resto, ha rilasciato effetti modestissimi, quasi inapprezzabili.

---

39 Th. Vormbaum, *Fragmentarische Strafrecht,* cit., p. 356.

Nulla si rintraccia delle preziose istanze, caldeggiate da Vormbaum, la cui 'razionalità' pare scontrarsi in modo irreparabile con le movenze emotive e contraddittorie del legislatore della postmodernità.

Non è un caso, allora, che, fallita la depenalizzazione, è nella categoria della "*punibilità*" e nella tipologia dell'*arsenale sanzionatorio* che si possono cogliere alcune novità. La punibilità assume le vesti di una *scatola di compensazione* di almeno due finalità: l'*autoriduzione del sistema penale*, da un lato, e la *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, dall'altro lato, attraverso il ricorso a *modelli sanzionatori compensativo-riparatori* e non più repressivi. Ne costituiscono traduzione la *non punibilità per la particolare esiguità del fatto* (art. 131-*bis* c.p.) e l'*estinzione del reato derivante dalla tenuta di condotte riparatorie*, sia nella versione confinata nel microsistema di giustizia penale di pace (art. 35 d. lgs. 274/2000), sia in quella, di recentissimo conio, contenuta nell'art. 162-*ter* c.p., introdotta dalla l. 103/2017[40].

---

[40] In questo ambito, va rimarcato il carattere particolarmente innovativo del *modello compensativo*, in cui un ruolo fondativo è rivestito dal *risarcimento del danno*, orientato in funzione *riparatoria*. La centralità del risarcimento del danno si salda immediatamente verso il secondo profilo di novità, concernente l'armamentario sanzionatorio, dove si intravvede la ricerca "non di un diverso diritto penale ma di qualcosa di diverso dal diritto penale" (così, G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto,* Torino, Giappichelli, 1961, p. 224). Si allude alla *decriminalizzazione* di uno sparuto numero di illeciti penali, 'tradotti' nell'ambito del torto civile, e assistiti, oltre che dal risarcimento del danno, da *sanzioni civili pecuniarie* destinate allo Stato. Spira aria di riscoperta delle *pene private* o, se si preferisce, dei *danni punitivi*, in cui la reazione al torto civile assume una coloritura non solo compensativa ma pure *afflittiva e deterrente*. L'idea di ricorrere al risarcimento del danno quale *alternativa parziale o totale* alla pena non è nuova, specie in relazione a reati marcati da un *conflitto* spiccatamente *interindividuale*. Ha sollevato però non trascurabili interrogativi: in quale rapporto il risarcimento si pone con i fini della pena? Assegnare al risarcimento anche una funzione 'punitiva' non rischia di sconvolgere le relazioni tra torto penale e torto civile, 'privatizzando' il primo e 'penalizzando' il secondo? Se ne potrebbero sollevare altri, a testimoniare il diffuso scetticismo che ha circondato la possibilità di individuare nel risarcimento del danno una sorta di terzo binario del diritto penale (sulle questioni poste da tali interrogativi, v. C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1987, pp. 3 ss.; H.J. Hirsch, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale,* in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 277 ss.; M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, pp. 865 ss.; M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, ivi, 2013, pp. 1206 ss.).
Pur se rientrante nella categoria della "punibilità", un discorso a parte merita la *sospensione del procedimento con messa alla prova*, di cui agli artt. 168-*bis* ss. c.p., introdotta dalla l. 67/2014. L'istituto si atteggia come uno strumento di *diversion*, in cui convergono *due finalità*: una *special-*

Ma ciò che preme rilevare è che, ancora una volta, si privilegia, in contrato con le indicazioni di Vormbaum, la 'pena' e non già il 'diritto': quest'ultimo costringerebbe, infatti, il legislatore a porsi il problema della legittimità dell'intervento punitivo. Quanto all'*auspicata frammentarietà* del diritto penale, paiono parimenti disattese, nel nostro ordinamento, le aspettative magistralmente disegnate da Vormbaum. L'allargamento dei confini del sistema penale ha conosciuto, infatti, un ulteriore fattore di *autoespansione*, da rintracciare, non tanto in un trasparente aumento di superficie per mano del legislatore, quanto più nel ruolo crescente della *iurisdictio*, che propende ad issarsi ad avamposto nella risoluzione dei conflitti sociali. La narrazione dell'ipertrofia penalistica risente, così, di una significativa mutazione, che ne colpisce la 'qualità'. Poiché il prodotto legislativo penale viepiù smarrisce i suoi connotati di precisione, per virare in direzione di narrazioni complesse, indeterminate, ambigue, fatalmente destinate a disorientare i destinatari, si accrescono, per ricaduta, i poteri dell'"ordine dei sapienti", che si 'appropria' del compito di sedare e metabolizzare l'ambiguità dei testi nel cd. 'diritto vivente' (una nuova formula magica della scienza giuridica[41]), in modo tale da rendere predicibile, *ex post*, il diritto. Una *deriva esoterica*, dunque, in cui le leggi non sono 'costruite' per i cittadini ma per i giudici e gli operatori del diritto. Per questa via, il sistema penale non è più oggettivamente misurabile: ha conosciuto e continua a conoscere ricorrenti slabbrature, indotte da un 'narratore' culturalmente inaffidabile, che, consapevolmente o meno, tramanda testi polisemici, fuorvianti, sciatti e, talvolta, persino errati[42]. Il siste-

---

preventiva, che si traduce in *trattamenti* significativi (non solo il risarcimento del danno, l'eliminazione delle conseguenze del reato, ma anche prescrizioni, lavoro di pubblica utilità: insomma un ventaglio di contenuti assimilabili all'affidamento in prova); l'altra di tipo 'premiale', che si risolve in una sorta di rito, in cui il cittadino rinuncia alla cognizione piena in cambio di alcuni vantaggi (un trattamento sanzionatorio più mite e, nel caso di risultato favorevole della prova, l'estinzione del reato). Nell'ambito di questo istituto, il risarcimento del danno costituisce uno degli elementi trattamentali, ma *non* assume la centralità che gli viene riconosciuta nella giurisdizione penale di pace e nell'art. 162-*ter* c.p. Per un'analisi della "messa alla prova", v. R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont*., 9 dicembre 2015, pp. 1 ss.

41 È d'obbligo il rinvio al celebrato volume di R. Wietholter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 1975.

42 Per una ragionata sinossi dell'attuale, complicato rapporto tra legalità e giurisdizione,

ma penale diventa, così, a geometria variabile: il linguaggio del legislatore, venato da una foggia di taglio sociologico, giornalistico e, persino, bellico, trasuda plastilina; evoca, cioè, una *tipicità debole*, rarefatta, in cui la norma viene affidata al giudice, che ne sancirà l'orbita applicativa. I poteri di definizione normativa e di regolamentazione del sottostante conflitto sociale vengono, così, trasferiti dal legislatore al giudice, che, per vero, li rileva, non di rado, con comprensibile compiacimento: lo prova il ridottissimo numero di questioni di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di tassatività.

Tuttavia, un barlume di speranza pare aprirsi. Si allude alla recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 115/2018, che, chiudendo il celeberrimo caso Taricco, riconosce la *centralità del principio di determinatezza*, quale sviluppo del canone della *precisione linguistica*. Scrive la Corte, con una perentorietà sinora mai così nitida, che "l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'om-

---

v. D. Micheletti, Jus contra lex. *Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, pp. 161 ss. Quanto alla labilità delle più recenti riforme, *exempla docent*. La *distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione*, per come forgiata dal legislatore, con la l. 190/2012, corre su un crinale esilissimo: inevitabile il lavorio della giurisprudenza di legittimità, culminato con una decisione, che, fissati i paletti, rilascia una serie di ipotesi *border line* non riconducibili al principio di diritto e, perciò, affidate al governo della giurisdizione in assenza di parametri predicibili (cfr. Cass., s.u., 24.10.2013, n. 12228, punto 3 della motivazione). La riforma del *falso in bilancio*, ad opera della l. 69/2015, la cui infelice riscrittura, specie con riguardo al problema del falso valutativo, ha subito fomentato contrasti interpretativi infine perentoriamente ricomposti dalle sezioni unite della Cassazione (Cass., Sez. un., 28.3.2016 n. 22474). La legge 67/2015 sui ccdd. *ecoreati*: un preclaro monumento di indeterminatezza penalistica, che, nella prevedibile assenza di questioni di legittimità costituzionale, consegnerà alla magistratura il governo dell'ambiente. La recentissima l. 24/2017, relativa alla *colpa professionale del medico:* intervenuta sul tessuto della riforma Balduzzi, ormai avviata, nel 'penale', ad una sostanziale sedimentazione, ha sconvolto i criteri imputativi, prefigurando un'ipotesi di non punibilità semanticamente incomprensibile. Censurata, dapprima, da una decisione della Cassazione come "affetta da incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa praticabilità della riforma in ambito applicativo" (Cass., IV sez., 20.4.2017, n. 28187, Tarabori, p. 12 della motivazione) e, successivamente, riabilitata dalla stessa sezione della Corte sulla scorta di una interpretazione 'letterale' (Cass., 31.10.2017, n. 50078, Cavazza), la disciplina si è prontamente 'consegnata' nelle mani delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 22.2.2018, n. 8770, Mariotti), che hanno riesumato, con sorprendente (quanto illegittima) creatività, la colpa lieve, che mai compare nel testo della legge.

bra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante regole di produzione adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque "una percezione sufficientemente chiara ed immediata" dei possibili profili di illiceità della propria condotta". Prosegue la Corte che "se anche è vero che anche la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza delle consentite, libere scelte di azione. Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere immediatamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso (...)". Il profilo di maggiore interesse di questa pronuncia va oltre la riaffermazione del principio di determinatezza, coinvolgendo pure il tema dell'interpretazione, correlato a quello della precisione linguistica imposta dalla tipicità penale. La centralità del testo reca con sé la censura di ogni libera riscrittura delle fattispecie incriminatrice *in malam partem*.

Verrebbe da dire che la Corte si è limitata a riproporre principi basilari del sistema penale, che rivelano una forte consonanza con la concezione della "frammentarietà descrittiva" patrocinata da Vormbaum, argine prezioso ed insostituibile alla deriva della *iurisdictio,* di un potere, cioè, sprovvisto di legittimazione democratica.

Se si prova a delineare una conclusione, è facile avvertire come la prospettiva riduzionistica di Vormbaum risulta tradita nella prassi. Eppure, la si condivida o meno, sarebbe un errore imperdonabile dismetterla. Certo, il menù delle idee dei legislatori induce al pessimismo, ma, per rinfocolare la speranza di un diritto penale meno pervasivo, non resta che ridare la parola a Vormbaum e alla sua esplosiva e pungente passione civile, quando afferma, rievocando Kant, che "abbiamo bisogno di un nuovo illuminismo, che ricomprenda lo stesso illuminismo nella propria riflessione critica. [...] un illuminismo che mantiene la razionalità come proprio punto centrale [ma che

la] limita mediante la simpatia ed il rispetto della dignità dell'uomo e della gioia di vivere, un illuminismo che mitiga la tensioni esistenti tra mondo e uomo, ma tollera delle tensioni insolubili. Tale illuminismo potrebbe essere chiamato con una parola che oggi può apparire un po' antiquata, che è in realtà molto moderna: mi riferisco alla *sapienza* oppure alla *saggezza*."[43]. Un auspicio, questo, che, comunque si pensi, non ammette chiosa!

---

[43] Th. Vormbaum, *La filosofia dell'illuminismo nel dibattito penale tedesco odierno*, cit., pp. 41-42.

Ermanno **Calzolaio**

DIRETTORE

DIPARTIMENTO DI
Giurisprudenza

Il 10 Maggio 2017 il Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Prof. Ermanno Calzolaio, propone il conferimento della Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza al professor Thomas Vormbaum, nato a Münster (Germania) il 18 giugno 1943,, deliberata all'unanimità dal Consiglio di Corso di laurea in Giurisprudenza nella riunione di pari data.

Thomas Vormbaum, dopo gli studi in giurisprudenza, storia e scienza politica nelle Università di Münster e di Würzburg, si è addottorato dapprima in Giurisprudenza (Dr. iur. 1975) e poi in Filosofia (Dir. Phil. 1979).

Abilitandosi nel 1985, dal 1994 ha tenuto la cattedra di Diritto penale, diritto processuale penale e storia contemporanea del diritto presso la FernUniversität di Hagen, dove ha ricoperto numerosi incarichi accademici ed è stato preside nella Facoltà di Giurisprudenza dal 2001 al 2008. Ha tenuto corsi e conferenze in molte università italiane e altri paesi ed è uno dei più insigni studiosi, a livello internazionale, del diritto penale, del processo e della storia dei sistemi penali, coltivando altresì la comparazione e la teoria del diritto.

Un altro aspetto straordinario dell'opera del professor Vormbaum risiede nel lavoro di traduzione e diffusione della cultura giuridica italiana in lingua tedesca. È un' attività che non ha eguali nel mondo, con più di 100 traduzioni in tedesco di monografie e saggi di penalisti, processualpenalisti, storici e filosofi del diritto italiani contemporanei. Impegno testimoniato anche dalla creazione presso il prestigioso editore LIT della collana Rechtsgeschichte Und Rechtsgeschehen Italien.

Al termine del dibattito, il Consiglio delibera all'unanimità di approvare la proposta di conferimento della Laurea Honoris Causa in Giurisprudenza al professor Thomas Vormbaum.

Letto, approvato seduta stante

Macerata 10 maggio 2017

PROCLAMAZIONE DEL LAUREATO

Sulla base di questa motivazione dò lettura alla formula di rito:

Per i poteri conferitici dalla legge

Noi, Prof. Francesco Adornato
Rettore della Università degli Studi di Macerata,

Viste le deliberazioni
del Consiglio di Dipartimento di Giurisprudenza, del 10 Maggio 2017
del Senato Accademico del 27 Maggio 2017

Considerata l'approvazione
del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca
del 7 Maggio 2018

conferiamo a

THOMAS VORMBAUM

nato a Münster (Germania) il 18 Giugno 1943

la laurea *honoris causa*
in Giurisprudenza

classe delle lauree magistrali LMG-01 Giurisprudenza
(D.M. 270/2004)

Il presente diploma di laurea si rilascia a tutti gli effetti di legge

Dato a Macerata, addì 24 ottobre 2018

Thomas **Vormbaum**

Magnifico Rettore
Gentile Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Cari Colleghi e Studenti
Signore e Signori

Mi sento molto onorato e lusingato per essere insignito oggi, dalla vostra prestigiosa e antica Università, della laurea honoris causa in Giurisprudenza, un onore né sperato né atteso. Desidero subito ringraziare tutti coloro che hanno contribuito al conferimento di un simile onore. Un grazie di cuore ai due professori Luigi Lacchè e Carlo Piergallini che hanno appena pronunciato la *laudatio* e ai colleghi che hanno animato la tavola rotonda di ieri.

Questa cerimonia e il Convegno in mio onore rappresentano la più felice e grata esperienza occorsami nel corso del più che ventennale rapporto con i colleghi della scienza penalistica e della storia giuridica italiane. Interpreto il conferimento della laurea come il segno di un riconoscimento per il mio impegno vòlto a costruire dei ponti fra le scienze appena menzionate dei nostri due paesi. C'è tuttavia un altro lato delle mie "esperienze italiane", cioè il lato di tutto quello che ho imparato traducendo i testi dei colleghi italiani e dialogando con loro sul diritto e la storia penale. Perciò ritengo che questa sia la sede migliore per rivolgere i miei più sinceri ringraziamenti per aver potuto vivere e condividere tali splendide esperienze.
In Italia, così come in Germania, è consuetudine che il laureato tenga una prolusione attraverso la quale provare a raccogliere e presentare alcune delle idee che sono state fondamentali per lo sviluppo del suo lavoro. È quello che cercherò di fare nel tempo a mia disposizione per illustrare le mie principali concezioni riguardanti aspetti problematici della storia penale e del diritto penale.
Comincio dalla storia penale.
Il campo della mia ricerca è la *storia contemporanea del diritto* e più esattamente la *storia penale contemporanea (Strafrechtliche Zeitgeschichte).*

Che cosa significa "storia contemporanea"?

Contrariamente alla maggioranza di studiosi operanti nel campo della scienza storica ed anche della storia giuridica, che sostengono un approccio "soggettivo", secondo cui la storia contemporanea sarebbe quella degli uomini attualmente viventi, il mio approccio è invece "oggettivo" prendendo sempre le mosse da una *struttura,* precisamente dall'*epoca* (*Epoche*). L'epoca può essere intesa come un lasso di tempo che – in ragione di elementi dominanti e concordi nella politica, nella cultura e nella vita sociale ed economica – mostra una certa omogeneità. L'oggetto di studio dello storico contemporaneo è, in questa prospettiva, l'*epoca attuale* (*gegenwärtige Epoche*), per lo storico del diritto contemporaneo l'*epoca giuridica attuale*. Di regola, le epoche non si distinguono in modo netto, bensì si interpongono tra esse delle cc.dd. "età sella" (*Sattelzeiten*) durante le quali si accumulano processi che conducono ad una nuova "situazione" storica.

Dove si trova l'"età sella" all'inizio dell'epoca giuridica attuale?

A mio avviso è rappresentata dalla fine del settecento e del primo ottocento. I *mutamenti politici*, che infine termineranno con il congresso di Vienna (1815) ed il suo nuovo e duraturo ordinamento, cominciano con la Rivoluzione francese (1789), a sua volta preannunciata dalla Rivoluzione americana del 1776, e proseguono con la conquista di gran parte dell'Europa da parte di Napoleone, il quale diffonde nei territori conquistati le idee rivoluzionarie, ancorché talvolta in forma mitigata o autoritaria.

Si verificano anche diversi *cambiamenti sociali*. Termina l'era del feudalesimo e della nobiltà, i contadini diventano liberi, inizia la crescita politica della borghesia. La *rivoluzione industriale*, già avviata in Inghilterra, fa il suo ingresso nel continente. Di pari passo con essa si realizzano importanti *mutamenti economici*. La costruzione delle ferrovie richiede grandi quantità di capitali. Inizia il tempo delle società per azioni e delle grandi banche. Il fabbisogno di ferro ed acciaio (necessario per le ferrovie) conduce ad un'espansione delle miniere e delle acciaierie e, quindi, ad un corrispondente aumento del ceto operaio.

Per il diritto, naturalmente, particolarmente rilevanti si rivelano le *rivoluzioni culturali e di mentalità*. La filosofia dell'illuminismo trova un fondamentale

ambito di applicazione nel diritto e, soprattutto, nel diritto penale. Eberhard Schmidt sintetizza le richieste di tale scienza nelle parole *secolarizzazione, individualizzazione, razionalizzazione* e *umanizzazione*. Immanuel Kant, seguace ed allo stesso tempo superatore della filosofia illuministica, pone al centro della propria dottrina l'uomo come individuo libero ed autonomo: dalla sua riflessione – se così si può dire – scaturiscono gli impulsi fondamentali per l'ulteriore sviluppo del diritto.
L'epoca attuale dunque inizia con il periodo di transizione riconducibile alla fine del diciottesimo secolo e abbraccia il diciannovesimo, il ventesimo e nel frattempo anche il ventunesimo secolo.

C'è una metodologia particolare della storia penale contemporanea?
Penso di sì.
La storia del diritto – anche quella del diritto penale e particolarmente la storia dell'epoca giuridica attuale – oggi non può più essere ripercorsa essenzialmente come una storia dei dogmi. Il diritto come *fattore* e *risultato* degli sviluppi politici, culturali, sociali ed economici, infatti, può essere inteso, anche nella sua peculiare evoluzione, come parte di questa dinamica complessiva; quindi la storia giuridica e particolarmente del diritto penale deve essere intesa come una storia di un aspetto (*Aspektgeschichte*), ossia come riflessione storica nella particolare *prospettiva* del giurista.
A questo punto un'occhiata "laterale": se la storia giuridica, come storia di un aspetto specifico, abbraccia, fra gli altri, anche elementi culturali, questo è il punto di partenza anche per significative riflessioni sulla relazione fra diritto e letteratura. Mi piace pensare che l'interpretazione di un'opera letteraria compiuta nella doppia prospettiva giuridica e filologica possa fornire spesso nuove conoscenze per entrambe. Perciò nel nostro Istituto di Hagen, nell'ambito della collana "Storia giuridica contemporanea" *(Juristische Zeitgeschichte)*, ho promosso una sezione speciale contenente testi letterari accompagnati da commenti scritti rispettivamente da un giurista o storico del diritto e da un filologo. In questo modo abbiamo pubblicato, ad esempio, i famosi scritti di Verri e di Manzoni sugli "untori della peste" di Milano[1] nonché la novella di Sciascia "Il giorno della civetta"[2].
Un secondo aspetto metodologico: la delimitazione della storia contempo-

ranea del diritto a un'*epoca giuridica* implica necessariamente l'individuazione in essa di taluni principi giuridici riconosciuti come validi.
Ne consegue la possibilità di rintracciare la trasposizione (o la non trasposizione) di questi principi nella loro evoluzione (o devoluzione). Da ciò risulta possibile – cosa che gli storici considerano con grande scetticismo ma che, d'altra parte, praticano non di rado – valutare tali evoluzioni come positive o negative (alla luce delle richieste formulate) e, eventualmente, trarre delle indicazioni per il presente. Questo per me è il punto di contatto fra storia giuridica e penale e diritto penale attuale che apre la possibilità di superare la deplorabile mancanza di un senso della storia nella penalistica attuale.

Quali sono le tappe importanti della storia penale contemporanea?
Qui mi devo limitare ad annotare sette punti essenziali:
1) La sottovalutazione da parte degli illuministi della componente umanistica fra i quattro processi citati[3], a favore della componente utilitaristica;
2) la dottrina penale liberale e oggettiva di Kant e Feuerbach contenente la dottrina della limitazione del diritto penale a lesione di diritti;
3) l'offuscamento di tale dottrina dovuta al ricorso al concetto di *bene* introdotto dal penalista *Johann Michael Franz Birnbaum*;
4) il diffondersi di tale concezione nella pratica favorito dal positivismo giuridico da un lato, dai deputati liberali nei parlamenti segnati da compromessi politici d'altro lato;
5) l'imporsi di una convergenza delle teorie di Kant e Feuerbach, ai quali si aggiunse Hegel, nel corso di gran parte del diciannovesimo secolo, caratterizzata da una commistione dell'idea di retribuzione con quella della prevenzione generale[4];
6) il rinvigorimento dell'idea dello scopo[5] in combinazione con la "scoperta" dell'autore verso la fine dell'ottocento, particolarmente dal lato di Franz von Liszt che si riferì – forse influenzato da autori italiani[6] – a tre categorie di delinquenti[7] con le rispettive funzioni della pena;
7) l'estendersi della soggettivizzazione dall'ambito della politica criminale e della misurazione della pena – l'ambito in cui von Liszt l'ha voluto restringere – a quello della dogmatica penale – un ambito, questo, che von Liszt invece aveva proclamato come la *Magna Charta* del delinquente – culminando,

tale sviluppo, nella dottrina penale nazista.

Confronto con il diritto penale nazista

Ed eccomi arrivato a un punto evidentemente importante per il dibattito penale e la storia penale in Germania, essendo la "questione nazista" l'oggetto di riflessioni per ambedue i campi di ricerca: il problema centrale è identificato con i termini, alternativi, di "rottura" o „continuità".

Nella letteratura storica è pacifico: i dodici anni del nazionalsocialismo sono stati anni oscuri i quali rappresentano una frattura nella storia tedesca e, in effetti, la locuzione "frattura nella civilizzazione" si è oramai affermata da qualche tempo. Tale conclusione è certamente corretta se volta a sottolineare come in tale periodo si siano verificati avvenimenti che, da tutti i punti di vista, rappresentano un momento catastrofico della storia tedesca. In effetti, prima del 1933 e dopo il 1945 non si può riscontrare niente di equiparabile all'annientamento, programmato in modo logistico ed eseguito in maniera industriale, di milioni di uomini "di razza diversa" in nome di una presunta teoria scientifica della razza. D'altra parte, negli ultimi anni l'indagine storica ha riscontrato numerosi "aspetti di normalità" nel nazionalsocialismo, non solo alla luce della banale considerazione che sotto ogni sistema politico gli uomini conducono come possono la loro vita quotidiana, ma anche rilevando numerosi fattori di modernizzazione.

La critica di queste considerazioni deriva in gran parte da una precomprensione positiva legata al concetto di "moderno". Io non condivido *questa* precomprensione del "moderno". Il perfezionamento tecnico-burocratico dell'omicidio di massa sino alla realizzazione di un sistema di treni merci diretti ai campi di sterminio costituisce anch'esso una spaventosa forma di manifestazione della modernità.

Pertanto, il regime nazionalsocialista, senza considerare la sua esorbitanza criminale, si inscrive in una struttura evolutiva che prende le mosse già prima del 1933 e che non si interrompe nel 1945. Ed elementi di tale modernizzazione si possono rintracciare anche nel diritto e nel diritto penale[8].

Occorre, quindi, volgere lo sguardo all'indietro ed interrogarsi sulla relazione tra la legislazione penale nazionalsocialista e quella antecedente al 1933. E, così, si può constatare che tali problematiche, senza eccezioni, erano già di-

scusse nella riforma del diritto penale della Repubblica di Weimar e, talvolta, ancor prima. Si iscrivono, infatti, in determinate tendenze della legislazione e della scienza penale che si possono ricondurre ai fattori della *materializzazione* (*Materialisierung*), *eticizzazione*, *soggettivizzazione* e *flessibilizzazione* del diritto penale.

- *Flessibilizzazione*, cioè prevalenza dell'idea di scopo fra gli elementi dell'idea di diritto;
- *moralizzazione,* cioè il rigetto della separazione della legalità da un lato e della morale dall'altro, del diritto da un lato e dell'etica dall'altro;
- *materializzazione*, cioè riduzione delle forme di tutela dello Stato di diritto e "intervento energico" sulle valutazioni contenutistiche, particolarmente tramite l'argomento delle "lacune di tutela";
- *soggettivizzazione*, cioè sopravvalutazione degli elementi rinvianti alla personalità dell'autore piuttosto che al disvalore del fatto.

Nella legislazione penale, i quattro fattori descritti convergono su due aspetti: nell'aumento del *numero* delle fattispecie penali – e, quindi, nella *criminalizzazione* – e nell'aumento delle norme penali indeterminate. E questa tendenza della legislazione penale non si è fermata nemmeno dopo il 1945. Porre l'accento sui profili di continuità non implica una sottovalutazione del periodo nazionalsocialista. Tutto il contrario: l'individuazione di direttrici di continuità rende evidente che anche il periodo successivo alla fine della mostruosità nazionalsocialista si è rivelato funesto per l'ordinamento giuridico e, in particolare, per il diritto penale. Da un punto di vista reciproco: quando il diritto penale di quel periodo si rivela in gran parte compatibile con quello odierno, è il momento di porsi degli interrogativi critici su quest'ultimo.

D'altra parte, le criticate tendenze del diritto penale subirono palesemente una particolare spinta durante il regime nazionalsocialista. Tale aspetto si può sintetizzare con il concetto di *radicalizzazione* o *accelerazione*, il quale ha il vantaggio di richiamare i profili di continuità e, allo stesso tempo, di tener conto delle peculiarità di quel periodo. Effettivamente, non poche delle norme problematiche emanate con il nazionalsocialismo erano sì discusse già nel periodo antecedente ma, appunto, non erano ancora entrate in vigore.

La verifica della provenienza di un istituto penalistico dal periodo nazionalsocialista mi pare, in ogni caso, un momento euristico e, quindi, un semplice punto di partenza per un'indagine ed una discussione proficua sull'attuale politica criminale. E la compatibilità di una norma o di una figura con il nazionalsocialismo è senz'altro motivo di critica.
In definitiva, l'esame dello sviluppo del diritto penale degli ultimi duecento anni non può confermare la spesso sostenuta tendenza del diritto penale moderno verso la mitezza e l'umanizzazione. Il diritto penale sarebbe divenuto in questo periodo più moderno ma, tuttavia, liberale, umano e mite è stato semmai in settori specifici ed in fasi temporali brevi, e a queste fasi non appartiene il presente.

Tale riassunto dimostra, a mio avviso, che dogmatica del diritto penale vigente e storia penale non siano ambiti rigorosamente separati della ricerca scientifica. Dalla prospettiva del diritto penale vigente si può provare facilmente a tracciare lo sviluppo descritto sintetizzando un catalogo che, tuttavia, per ragioni di tempo devo rinviare nelle note[9].
Ovviamente gli elementi di siffatto catalogo, che, a mio parere, costituiscono, secondo una prospettiva di un diritto liberale, un catalogo dell'orrore, non si sono formati su un terreno sociale vuoto, ma sono relativi alle trasformazioni sociali degli ultimi più che cento anni.

1) Lo sviluppo tecnologico, che in caso di errore umano o tecnico è fonte di grandi rischi, dalla motorizzazione del traffico alla tecnologia atomica.
2) Lo sviluppo dello stato moderno, delle istituzioni, dell'intervento e della protezione, che si avvale della legge penale come di uno dei suoi strumenti di governo.
3) Il dissolversi di stabili strutture sociali e condizioni sociali, dalla famiglia sino agli ambiti – in particolare sociali e religiosi –, subculturali e l'indebolirsi conseguente dei meccanismi di controllo sociale primario. Nuovi imprenditori morali, compresi i partiti politici, si sono avvicendati per colmare le lacune. Ciascuno desidera avere una parte nell'impiego della risorsa non più esigua del diritto penale: i conservatori per il diritto penale a tutela dello Stato, i socialdemo-

cratici e i socialisti nel diritto penale economico, i verdi nel diritto penale dell'ambiente, le femministe nel diritto penale sessuale, i liberali nell'abuso delle prestazioni sociali.

Questi fattori vengono accentuati da una drammatizzazione della criminalità, che contraddice tutte le conoscenze delle statistiche criminali, viene rafforzata dalla stampa e alla fine produce di regola ciò che la politica avverte come bisognoso di intervento.

Quali sono a mio avviso le possibili conseguenze per la legislazione, la scienza penale e l'applicazione della legge?

Quando si parla di **legislazione**, non va dimenticato che proprio nel processo legislativo democratico molti vettori danno infine una risultante la cui formazione dipende legittimamente dal compromesso politico e infine dalla decisione della maggioranza. Questo è un lato del problema. L'altro lato è costituito dalla peculiare intensità dell'intervento penale nei diritti dei cittadini, ciò che richiama la riflessione in favore di una delimitazione dell'arbitrio politico in questo ambito. Certo non sarà possibile sottrarre del tutto al libero volere di una maggioranza parlamentare l'ambito della penalità, così come per l'arte o la religione, già solo per il motivo che i criteri delle strutture di base di questa materia sono controversi nella stessa scienza penalistica.

Si potrebbe tuttavia pensare a una costruzione *formale*. Si può ricordare a riguardo la proposta che Knut Amelung ha formulato in adesione al penalista russo Jalinski, cioè che si esiga per l'introduzione di norme penali il requisito di una maggioranza parlamentare corrispondente a quella che modifica la costituzione. In Italia, per es., Giuseppe Losappio si è espresso in tal senso. È in effetti discutibile che i rappresentanti del 50,1% degli elettori possano dichiarare con forza di legge come riprovevole sul piano etico-sociale un comportamento che il 49,9% non ritiene tale: e ciò con effetti per la libertà e l'onore dei cittadini coinvolti. In un articolo da poco pubblicato ho provato a dimostrare le conseguenze di questo approccio dettagliatamente[10].

Quanto alla **scienza penale e alla politica penale** propongo un approccio che il mio collega di Francoforte Wolfgang Naucke chiama "scienza dei limiti del diritto di punire". Questa proposta trae origine dalla distinzione tra *pena* e diritto penale, e assegna a quest'ultimo il compito di delimitare il desiderio della società, della stampa e della politica a mettere in gioco *le pene* (e

le misure di sicurezza) quali strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato. Mentre Naucke sostiene questo compito basandolo su argomenti sostanziali o di diritto naturale, io stesso per la sua concretizzazione o strutturazione suggerisco come approccio operativo la triade di Radbruch: *giustizia*, *certezza giuridica* e – sì, anche – *utilità* (conformità allo scopo). Le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre né risultati ingiusti, né dannosi, né tali da non soddisfare le esigenze della certezza giuridica. Se uno dei tre compiti non può essere soddisfatto, la criminalizzazione legislativa o interpretativa deve segnare il passo.

Dei tre elementi indicati, la giustizia e l'utilità – in termini operativi – contengono ognuna per sé sia un potenziale espansivo che restrittivo, mentre la certezza giuridica si esprime di regola solo in chiave restrittiva. Nell'attuale momento storico l'idea dello scopo mi appare l'elemento dal quale deriva il pericolo maggiore per un diritto penale restrittivo; ma ci sono stati periodi nei quali l'argomentazione mediante la conformità allo scopo ha avuto prevalenti effetti nella direzione di un diritto penale meglio delimitato.

Concepire in modo operativo l'approccio a una scienza dei limiti del punire significa comprenderlo dialetticamente, o meglio: dialogicamente, vale a dire come un dialogo con i desideri punitivi nel corso del quale l'onere della prova grava sulla parte avversa, secondo il principio *in dubio pro libertate.*

Sul tema del **concetto sostanziale del reato**, attualmente non è possibile acquisire nulla di meglio – nel senso di un diritto penale liberale - di quanto offerto dalla teoria del bene giuridico. È in ogni caso importante che il coinvolgimento dell'argomento del bene giuridico – per riprendere le parole del penalista Lüderssen, collega scomparso poco tempo fa – avvenga in modo asimmetrico, cioè non col fine di un'interpretazione estensiva. Inoltre è necessario evitare l'argomentazione basata sul concetto di lacune nella punibilità; *esistono appunto solo lacune nella* non *punibilità*.

Presumo che a qualcuno di Voi qualche proposta da me formulata possa sembrare "utopistica", quasi "fuori dal mondo". Come storico tuttavia so che le utopie di ieri sono talvolta diventate la realtà di oggi, e che le utopie di oggi potrebbero un giorno essere realtà. Trecento anni fa nessuno ancora credeva alla possibilità che in futuro avrebbero potuto esserci città senza

mura. Io e pochi altri colleghi penalisti pensiamo di scrivere probabilmente per una generazione futura che non debba credere più – come avviene oggi – che la politica criminale sia la migliore politica sociale. Per il presente invece valgono le parole del poeta Gottfried Benn:
"Eppure alzare le spade / Contro l'ora del mondo".

NOTE DI CHIUSURA

1 Thomas Vormbaum (a cura di), Pest, Folter und Schandsäule. Der Mailänder Prozess wegen „Pestschmierereien" in Rechtskritik und Literatur.(Pietro Verri, Betrachtungen über die Folter; Alessandro Manzoni, Die Geschichte der Schandsäule) Mit Kommentaren von Ezequiel Malarino und Helmut C. Jacobs, BWV, Berlin, 2008.

2 Leonardo Sciascia, Der Tag der Eule (Il giorno della civetta). Mit Kommentaren von Gabriele Negri und Gisela Schlüter, BWV, Berlin 2010.

3 Secolarizzazione, individualizzazione, razionalizzazione e umanizzazione.

4 L'elaborazione di teorie general-preventive in termini kantiani è favorita soprattutto dal fatto che, dopo Feuerbach, concetti prima intesi come trascendentali quali Stato, diritto e libertà vennero tradotti in concetti empirici. La garanzia della libertà esterna – che, secondo Kant, rappresentava la precondizione della possibilità di agire moralmente – venne intesa, nel pensiero dei giuristi che si esprimevano in termini kantiani, essenzialmente come possibilità di una vita tranquilla e sicura e, quindi, di sicurezza e di pace. La filosofia kantiana venne così trasformata in un veicolo in grado di rappresentare come giusta l'idea di pena orientata allo scopo.

5 Con la diffusione della teoria dello scopo di Liszt venne rianimato un tradizionale dibattito che, sebbene avesse avuto un ruolo importante già nella filosofia dell'illuminismo, dall'inizio del diciannovesimo secolo aveva temporaneamente perso rilevanza, se non altro nella scienza giuridica.

Già Beccaria aveva instaurato un preciso collegamento tra giustizia e scopo attraverso la proposizione «per essere giusta, una pena non deve avere che quei soli gradi d'intensità che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti». Analogamente, per Franz von Liszt: «la giustizia nel diritto penale risiede nel rispetto della misura della pena determinata dall'idea di scopo».

6 Cf. Thomas Vormbaum, Echi della scuola positiva in Germania, in Diritto penale XXI secolo, 2011, pp. 505-516, ora in Id., Saggi della storia del diritto penale moderno, ESI, Napoli, 2018, pp.65-82.

7 Delinquente capace e bisognoso di essere rieducato; delinquente non bisognoso di essere rieducato; delinquente incapace di essere rieducato.

8 Si può dimostrare la mia tesi della continuità riferendoci a disposizioni legislative emanate durante il regime nazionalsocialista e che sono tuttora in vigore.

1. Il § 23, comma 2, del codice penale tedesco prevede per il delitto tentato una mera attenuazione facoltativa della pena e, pertanto, l'autore può anche essere punito con la pena prevista per il reato consumato. Al contrario, il codice penale imperiale del 1871 prevedeva come obbligatoria l'attenuazione di pena. L'attuale disciplina richiama – in una forma leggermente mo-

dificata – il decreto di adeguamento del diritto penale (Strafrechtsangleichungsverordnung) del 1943. In questo decreto, peraltro, si stabiliva ciò che era già stato contemplato nel progetto di codice penale ultimato nel 1936 ed era previsto in diverse leggi penali speciali. Al contrario, l'ultimo progetto di riforma del diritto penale del periodo di Weimar, il c.d. E 1930, stabiliva ancora un'attenuazione obbligatoria della pena. Nonostante la riforma del diritto penale, la disciplina del 1943 è rimasta invariata.

2. La disciplina legislativa delle misure di sicurezza (oggi prevista dai §§ 61-72 del codice penale tedesco) rinvia, come già anticipato, ad una delle prime iniziative legislative del nazionalsocialismo, ossia la legge sulla delinquenza abituale del 24 novembre 1933. Nel codice penale imperiale del 1871, il sistema a «doppio binario» delle conseguenze del reato – pene dipendenti dalla colpevolezza da un lato e misure di sicurezza tendenzialmente slegate da tale presupposto dall'altro – non era invece conosciuto. Misure non fondate sulla colpevolezza ed orientate alla mera prevenzione non avevano spazio. Anche in questo caso, pertanto, vi è un'espansione ed un inasprimento del diritto penale, uno dei più rigorosi degli ultimi 100 anni, che fa la sua prima apparizione durante il periodo nazionalsocialista.

Naturalmente ci sono note spiegazioni dogmatiche e politico-criminali per molte delle soluzioni legislative descritte.

La possibilità che il delitto tentato possa essere punito come il reato consumato può essere spiegata alla luce del fatto che il fondamento della punibilità del tentativo risiede nell'atteggiamento interiore contrario al diritto dimostrato dall'autore e, quindi, nel disvalore della sua azione. E questo è identico nel delitto tentato e nel reato consumato. – Le misure di sicurezza, invece, si possono giustificare alla luce delle esigenze special-preventive del diritto penale.

Si tratta, quindi, di solide ragioni di politica criminale. Riferendosi alle stesse, tuttavia, si dimostra poco nell'ottica dello storico del diritto, dato che può ben essere che queste si fondino comunque su modi di pensare che si sono formati, o almeno affermati, nel periodo nazionalsocialista.

9 - Punibilità anticipata (Vorfeldkriminalisierung) e punibilità nel campo circostante (Umfeldkriminalisierung) mediante fattispecie di pericolo astratto, reati associativi e cosidetti delitti di attentato (Unternehmenstatbestände) (ovvero fattispecie in cui il tentativo viene legalmente punito come delitto consumato).

- Svalutazione del principio di determinatezza nel momento della creazione di una fattispecie; svalutazione del divieto di analogia per l'interpretazione delle fattispecie;
- Catalogi di regole esemplificatrici al posto di cataloghi di casi tassativi:
- Elementi soggettivi di fattispecie come compensazione di elementi oggettivi di fatti-

specie troppo ampi; segnatamente, componenti della volontà al posto di una oggettiva consumazione del reato. Ma accanto a questo

- Condizioni oggettive di punibilità al posto di elementi oggettivi della fattispecie.

-Incremento ed estensione delle posizioni di garanzia nei delitti omissivi impropri;

-Concessione di ampi spazi per il giudice nella scelta e nella commisurazione delle sanzioni;

- Previsione di sanzioni penali (misure per la rieducazione e misure di sicurezza) per autori non colpevoli, in particolare per i non imputabili;
- Tendenza a ritornare ad un modello processuale burocratico-inquisitorio, caratterizzato fra l´altro da un indebolimento crescente del principio di legalità, da un rafforzamento della posizione della pubblica accusa, dall´esclusione del difensore, dal controllo dell´attività del difensore.

10 Thomas Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, in *Juristenzeitung* 2018, 53-63; ristampa in Id., *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik,* 2a ed. LIT, Münster, 2018, pp. 99-128.

unimc
UNIVERSITÀ DI MACERATA
l'umanesimo che innova

ceum centro edizioni università di macerata

ISBN 9788860565938