QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

36

(2007)

Principio di legalità e diritto penale

(*per Mario Sbriccoli*)

TOMO II

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ERNESTO DE CRISTOFARO

LEGALITÀ E PERICOLOSITÀ. LA PENALISTICA NAZIFASCISTA E LA DIALETTICA TRA RETRIBUZIONE E DIFESA DELLO STATO

1. La pericolosità: una definizione del campo tematico. — 2. Il Fascismo e la forza dello Stato. — 3. Il Nazismo e la difesa della comunità. — 4. Confronti dottrinali.

1. *La pericolosità: una definizione del campo tematico.*

La definizione della pericolosità nel campo concettuale delle scienze giuridiche e in quelli ad esso correlati attraversa il diciannovesimo secolo culminando, tra fine ottocento e inizio novecento, nell'opera di studiosi quali Cesare Lombroso o Enrico Ferri, i cui esiti toccheranno tanto il dibattito teorico che i dispositivi normativi, all'epoca oggetto di frequenti revisioni e trasformazioni in diversi Stati del continente europeo.

Si possono, per grandi linee, individuare almeno due ambiti in cui la nozione di pericolo assurge al ruolo di crocevia disciplinare tra diritto e scienze mediche e antropologiche, in misura tale da rendere il primo sensibile alle acquisizioni che le statistiche cliniche, demografiche ed economiche rendevano disponibili per il rinnovamento della legislazione e la sua più efficace presa sulle dinamiche sociali: la questione della cosiddetta « follia morale » e il delitto politico.

È a partire da alcuni casi di controversa interpretazione giudiziaria e portatori di forte allarme sociale che nella psichiatria forense di metà ottocento si va definendo il paradigma del « folle morale ». Esso riguarda gli autori di delitti che appaiono particolarmente inquietanti per un duplice ordine di ragioni: perché si rivolgono verso determinate categorie di soggetti (bambini, anziani, prossimi congiunti del reo) e perché nascono da quella che si è definita

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'« intermittenza della ragione » (1), ossia un brusco e imprevedibile offuscarsi della lucidità mentale che conduce persone solitamente miti e innocue a compiere gesti di efferata violenza.

Nell'assenza di moventi razionalmente inquadrabili e in mancanza di precedenti che potessero attestare un decorso eziologico sussumibile entro i correnti parametri della psichiatria, si apriva lo spazio per la configurazione di una fisionomia mediana tra quelle del delinquente e del malato di mente: l'individuo pericoloso. Tale era colui il cui « crimine — scrive Foucault — scaturiva da quello che poteva essere chiamato il grado zero della follia » (2).

Espressioni di significato analogo quelle di « individuo pericoloso », « folle morale », « pazzo ragionante » (3), descrivono contestualmente l'imbarazzo di medici e giuristi alle prese con azioni che non si lasciano ricondurre agli schemi di classificazione disponibili e che vanno, tuttavia, trattate come il presupposto di un intervento pubblico che isoli quanti abbiano turbato la pacifica *routine* della vita sociale.

Nei suoi studi Lombroso mostra la più acuta consapevolezza circa il carattere problematico della questione. Nel coniare la definizione di « mattoidi criminali », ennesimo ibrido clinico giuridico, osserva da un lato, come vi sia « bisogno di capire con spiccata accentuazione che non si tratta di comuni pazzie ma di forme affatto diverse sin dall'origine », ma altresì, stanti i pericoli che la società corre, come non si possa che agire come si fa con i delinquenti almeno « finché il manicomio criminale non sia posto in opera e la legge modificata in proposito » (4).

Un dibattito ulteriore sull'opportunità di prevedere luoghi specializzati di custodia per tali soggetti, non abbastanza malati per

(1) Cfr. A. FONTANA, *Le intermittenze della ragione*, in *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello. Un caso di parricidio nel XIX secolo*, a cura di M. Foucault, Torino, Einaudi, 1976, pp. 293-310.

(2) M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di « individuo pericoloso » nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault*[3]. 1978-1985. *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, a cura di A. Pandolfi, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 46.

(3) Cfr. P. CAMPAGNE, *Traité de la manie raisonnante*, Paris, Masson, 1869.

(4) C. LOMBROSO, *La pazzia morale e il delinquente nato* (1882), in ID., *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, a cura di D. Frigessi, F. Giacanelli, L. Mangoni, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 551.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finire in manicomio né abbastanza colpevoli per stare in carcere tra i delinquenti, andò, infatti, sviluppandosi sul finire dell'ottocento in concomitanza con quelli concernenti la definizione diagnostica e profilattica dei casi in questione (5).

Negli stessi anni e sulla base di movenze teoriche simili a quelle che orientano la ricerca sulla follia morale, la riflessione di giuristi, medici e sociologi tocca la questione del delitto politico e delle forme di devianza che minacciano l'ordine costituito.

Si può dire che questo rappresenti una risposta all'affacciarsi sempre più ricorrente sulla scena pubblica di partiti, associazioni e movimenti di opinione sostenuti da un ampio radicamento popolare e portatori di una visione aspramente contestataria nei confronti dell'ordine borghese ispirata ad istanze egualitarie di redistribuzione della ricchezza e livellamento sociale.

D'altra parte, i soggetti politici che si riconoscevano nel medesimo progetto di superamento delle strutture istituzionali che garantivano l'egemonia delle *elites* più ricche, ospitavano differenze significative tra quanti propugnavano un percorso graduale ispirato al riformismo e alle procedure di una democrazia parlamentare e i massimalisti, che puntavano a una rottura traumatica e alla definizione di un nuovo quadro politico-sociale per le vie più spicciative della violenza rivoluzionaria.

Tra gli anni quaranta e ottanta dell'ottocento in Francia si pubblicano studi come quelli di Taine sulla « psicologia dei rivoluzionari » o come quelli di Fregier e di Quetelet sulle « classi pericolose », nei quali si imputa l'alta incidenza statistica di reati commessi da individui provenienti dai livelli meno privilegiati della popolazione alla mancanza di senso morale quale tratto caratteriale tipico dei poveri piuttosto che all'indigenza nella quale essi versano (6).

Nello stesso orizzonte si collocano gli studi di Cesare Lombroso sugli anarchici. Per quanto vicino ad alcune posizioni del Partito

(5) Cfr. D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 389-397. La legge manicomiale del 1904 prevedeva che dovessero essere custodite e curate nei manicomi le « persone pericolose a sé o agli altri o di pubblico scandalo ».

(6) Cfr. F. Colao, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da « delitto fittizio » a « nemico dello stato »*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 90-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Socialista, al quale aderisce nel 1893, Lombroso mantiene fermi i suoi giudizi sul carattere atavico delle devianze criminali, minimizza il peso dei condizionamenti legati all'ambiente familiare e sociale e non esita a difendere polemicamente le proprie tesi anche verso suoi compagni di orientamento riformista come Turati quando questi gli manifestano il loro dissenso (7).

Ogni gesto tendente ad accelerare il ritmo del cambiamento sociale gli appare una forzatura, ogni fuga in avanti verso la conquista di un assetto più equo, il sintomo di una malattia della mente non meno perniciosa di altre forme di follia. Sebbene dissimulata da rivendicazioni altruistiche ed umanitarie essa, in realtà, impedisce a chi ne è affetto di comprendere le leggi che regolano il progresso dell'uomo e della società. In tal senso, fa sì che il delitto politico si confonda col delitto comune come effetto di un analogo *deficit* di discernimento: « Ogni sforzo violento contro l'ordine stabilito, se costituisce una necessità per la minoranza oppressa, resta pur sempre un fatto antisociale [...] i conati al progresso i quali si estrinsecano con mezzi violenti destano ripugnanza [...] raggiungere la meta con ogni mezzo, anche col furto e con l'assassinio. Qui il delitto e l'assurdo si sposano » (8).

In definitiva, che si rivolga verso singoli soggetti o intere categorie del corpo sociale, l'attenzione degli studiosi punta a inquadrare e classificare le situazioni pericolose, enfatizzando il momento special-preventivo della risposta penale, grazie al quale essa può risultare adeguata ed efficace non in relazione all'astratta violazione di una norma ma alle specifiche caratteristiche di chi l'abbia perpetrata. Nel farlo si serve anche di arti e tecniche il cui sviluppo tra otto e novecento investe gli studi sulla criminalità. La fotografia, ad esempio, generando la fotosegnaletica di polizia, fornisce all'approccio antropometrico il conforto di immagini che documentano la relazione tra costituzione somatica e tare del comportamento (9).

---

(7) Cfr. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 262-271.

(8) C. LOMBROSO, *Gli anarchici* (1894), in ID., *Delitto, genio, follia*, cit., p. 662.

(9) Cfr. A. GILARDI, *Wanted! Storia, tecnica ed estetica della fotografia criminale, segnaletica e giudiziaria*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, pp. 35-52, G. ALESSI, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 179-183 e A. FONTANA, *Il vizio occulto. Cinque saggi sulle origini della modernità*, Ancona, Transeuropa, 1989, pp. 74-77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche un autore come Enrico Ferri, che nei suoi studi mostra maggiore sensibilità rispetto all'elemento ambientale nella ricostruzione della biografia dei delinquenti, manterrà un atteggiamento fedele alle tesi lombrosiane e al loro determinismo organicista fin nei suoi lavori più tardi. Nei *Principi di diritto criminale* del 1928 afferma che « l'uomo delinquente è sempre un anormale » (10) e che vi sono alcuni tipi di condotte criminose, come i reati sessuali, in cui ricerche endocrinologiche mostrano un'altissima frequenza di anomalie biochimiche in capo agli autori (11).

La ricezione di questi indirizzi appare in progetti di riforma penale in Italia e Germania e viene consacrata dall'inclusione di classificazioni e strumenti ad essi ispirati nel nuovo codice italiano del 1930 e in singole leggi emanate nella Germania nazionalsocialista. Naturalmente il Progetto elaborato nel 1921 dalla commissione presieduta da Enrico Ferri mette al centro la necessità di declinare lo strumento giuridico-penale non nei termini della retribuzione ma in quelli della difesa sociale e, dunque, di rivolgersi non più al fatto delittuoso ma alla persona del delinquente come potenziale elemento di perturbazione (12). Occorre, secondo questo approccio, considerare il valore sintomatico del reato e non tanto l'offesa che esso arreca a un bene tutelato e se, tramite la punizione, si intende perseguire il mantenimento della quiete e dell'ordine e ricondurre chi delinque sulla via della legalità, bisogna differenziarla in base ai tratti individuali e non secondo la conformità della condotta a una fattispecie tipizzata. « Criterio fondamentale per una riforma delle leggi di difesa sociale contro la criminalità — scrive Ferri — deve essere che i provvedimenti repressivi siano più severi, cioè più efficaci, per i delinquenti abituali e più pericolosi per tendenza congenita o acquisita, e siano meno rigorosi ossia meglio adatti per la grande maggioranza dei delinquenti occasionali e meno pericolosi » (13).

Stabilito che qualunque tendenza antisociale è determinata mec-

(10) E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 259.

(11) Ivi, p. 260.

(12) Cfr. E. Ferri, *Relazione al progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)* , Milano, Vallardi, 1921, p. 3.

(13) Ivi, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

canicamente da condizioni psico-patologiche, da influenze familiari e ambientali o da un'originaria « atrofia del senso morale » (14), ogni riferimento alla pretesa di retribuire con la pena una colpa morale appare un'anacronistica ingenuità e viene meno la possibilità di distinguere pene e misure di sicurezza, laddove la nuova legislazione sia orientata ad assumere, oltre la gravità del fatto, i motivi a delinquere e la personalità del delinquente come indici della sua pericolosità (15). È intorno alla pericolosità che va edificato, secondo Ferri, il sistema penale e l'assimilazione delle misure di sicurezza alle pene tradizionali può assicurarne, anzi, una migliore applicazione supportata da garanzie giurisdizionali e « sottratta all'arbitrio del potere amministrativo » (16).

La lezione di Cesare Lombroso ed Enrico Ferri rappresenta uno spartiacque teorico gravido di conseguenze. Ferri ne è consapevole e lo osserva rispetto ai cambiamenti cui è sottoposto il diritto penale italiano; dei quali, pur non potendo vedere l'atto conclusivo, il Codice del 1930, sottolinea i molteplici nessi esistenti con il magistero del positivismo criminologico quali emergono dalle relazioni ministeriali e dai lavori preparatori nel corso degli anni venti (17). Analoghe osservazioni si esprimono in dottrina a proposito degli effetti che i summenzionati orientamenti teorici determinano nella politica criminale del governo nazionalsocialista, benché in Germania, come si avrà modo di ripetere, non si dia corso ad un'organica riforma della codificazione ma a riforme su singoli punti secondo le necessità ritenute più pressanti (18).

---

(14) *Ibidem*.

(15) Ivi, p. 46.

(16) Ivi, p. 13.

(17) Offre un breve ma denso resoconto critico dei commenti di Ferri, D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 144-146. Avanza ampie riserve sulla ricezione teorica del magistero criminologico positivista nel Codice Rocco P. ROSSI, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Milano, Principato, 1937, pp. 178-179. Al contrario, seppure richiamando l'eclettismo degli autori del Codice, ribadisce questa continuità G. VASSALLI, *Codice penale*, in ID., *Scritti giuridici*. Volume IV, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 26-28.

(18) Cfr. P. NUVOLONE, *Il servizio tedesco di biologia criminale. Indagini biologiche e principio di responsabilità*, in « Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere », LXXIII, 1939-40, 2, p. 435. Tra i più autorevoli penalisti tedeschi, E. Mezger richiama l'importante contributo della « scuola positiva » italiana agli studi criminologici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una breve rassegna dei testi che documentano l'incedere della riforma penale fascista può confermare l'esistenza di questa connessione. Nella relazione al Parlamento con cui nel 1925 il Ministro Rocco accompagna il disegno di legge sul nuovo Codice penale, egli si riferisce alla necessità di introdurre le misure di sicurezza poiché queste hanno scopi distinti dalle sanzioni penali. Laddove la pena ha di mira la collettività, verso cui deve ribadire l'autorità della Legge ripristinata dopo l'infrazione, le misure di sicurezza si rivolgono al singolo delinquente, nei cui confronti sono sostenute da fini « socialmente eliminativi e, secondo i casi, anche curativi e terapeutici, ovvero educativi e correttivi » (19). Più avanti, indicando i soggetti ai quali esse andrebbero applicate Rocco elenca i delinquenti abituali affetti da un'alterazione acquisita o congenita del senso morale che consente di classificarli come degenerati, folli o criminali nati; gli individui affetti da squilibri psichici appartenenti a una zona mediana tra malattia e salute (isterici, epilettici, nevrastenici); gli alcolizzati e i tossicodipendenti e, infine, gli individui « ignavi o repugnanti al lavoro » condotti da questa disposizione d'animo, benché combattuta, verso stati al limite della psicopatia. Verso tutti costoro, accanto o in sostituzione alla pena, appare opportuno prevedere « un regime di cura, di custodia e di segregazione a tempo indeterminato, avente carattere insieme curativo e di sicurezza, che valga ad ottenere, quando è possibile, la guarigione o perlomeno a rendere il delinquente socialmente innocuo per l'avvenire » (20).

Pochi anni più tardi, nel 1928, Rocco ribadisce concetti simili nel corso di una seduta della commissione incaricata di redigere il Codice. A suo avviso, il senso comune ben prima degli studi di antropologia criminale, avrebbe sempre riconosciuto alcune condotte come il risultato di un'innata vocazione delinquenziale, di un'insuperabile ottusità del senso morale. « Amoralità o immoralità — asserisce — delinquenza, criminalità, sono espressioni che, in un certo senso, si equivalgono, perché chi delinque è un amorale e

---

in *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, Stuttgart, Eke, 1944, pp. 14-27.

(19) Al. Rocco, *Relazione ministeriale al disegno di Legge*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*. Volume I, Roma, Provveditorato generale dello Stato-Libreria, 1928, p. 16.

(20) Ivi, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prova con la delinquenza questa sua deficienza di senso morale. In questo senso, tutti i delinquenti, per il solo fatto che sono delinquenti, sono anormali o anomali, abnormi o minorati morali e sociali: se non fossero tali non sarebbero delinquenti » (21). Nella parte conclusiva di quest'intervento, in cui afferma che di fronte a tendenze delinquenziali che spesso si manifestano in gioventù lo Stato deve difendersi senza attendere che una tendenza criminale si trasformi in un'abitudine al delitto (22), Rocco richiama la lezione degli studi psichiatrici (tra cui quelli di Emil Kraepelin) per sottolineare come vi siano tra la popolazione delle carceri e quella dei manicomi da cui, tuttavia, li distingue una condizione di lucidità mentale unita a un'assoluta amoralità, individui particolari: « Sono non-valori umani e non-valori sociali, gente che non ha il minimo di capacità morale e sociale per poter convivere socialmente, neppure nelle prigioni e nei manicomi: bestie umane in una parola » (23).

Nel licenziare il Codice, due anni più tardi, il Guardasigilli tornerà sull'argomento ricordando che il sistema accolto dal legislatore non considera i delinquenti per tendenza né infermi di mente né altrimenti predestinati al delitto, non riconoscendo predisposizioni criminose incoercibili fuori dai veri e propri casi di patologia mentale. Nonostante questo nodo epistemologico rimanga alquanto irrisolto, la classificazione giuridica relativa viene preservata e consente di dichiarare taluni soggetti imputabili e, altresì, in quanto ritenuti socialmente pericolosi, sottoponibili a misure di sicurezza.

A proposito di queste, nella redazione finale si omette la locuzione che le avrebbe rese applicabili « a tempo indeterminato ». La si ritiene, infatti, un'espressione superflua considerando quanto è già implicitamente dettato dalle modalità di revoca delle misure, subordinate, in genere, all'apprezzamento giurisdizionale della cessazione dello stato di pericolosità (24).

---

(21) Al. ROCCO, *Verbale 23 (1/4/1928) della Commissione Ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 321.

(22) Ivi, p. 324.

(23) Ivi, p. 322.

(24) Cfr. Al. ROCCO, *Relazione a S. M. il Re per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Codice penale e Codice di procedura penale*, Roma, Istituto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scienza giuridica tedesca, che segue con attenzione gli sviluppi teorici del dibattito criminologico italiano, elabora tra fine ottocento e inizio novecento anche una riflessione autonoma sull'opportunità di sostituire il modello retributivo nel campo della legislazione penale.

La necessità che la risposta dello Stato si adatti alle caratteristiche degli autori di reati e che, tramite questa flessibilità, si possano arginare le tendenze delinquenziali e difendere la comunità dalla paura della violenza e del disordine, emerge nella riflessione di eminenti studiosi come Franz von Liszt ed è accompagnata dall'evoluzione dell'inquadramento normativo della categoria di « delinquente abituale pericoloso » (25).

Raccogliendo con rispetto i fermenti che agitano il dibattito teorico penale in Europa e tra questi anche quelli che vengono dalla « scuola antropologica italiana », nella sua prolusione a Marburgo del 1882 (che segue di appena un anno quella di Ferri a Bologna sui *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*) von Liszt si sforza di individuare nella tradizione giuridica e filosofica tedesca i puntelli di un pensiero grazie al quale costruire un sistema dogmatico lontano da ogni premessa metafisica e al passo con i tempi, un sistema in grado di chiarire la reale funzione dell'azione che lo Stato svolge punendo, secondo specifiche soluzioni, un insieme di condotte (26).

« Nessuna fondazione metafisica della pena — scrive von Liszt — è in grado di darci il criterio di misura della stessa [...] Essa infatti non è in grado e non deve essere in grado di dirci se ad un

---

Poligrafico dello Stato, 1930, p. 38. Dall'applicazione delle misure, di cui si fissa solo la durata minima, si può anche essere affrancati per l'estinzione del reato o della pena (art. 210, I e II comma) oppure per decreto del Ministro che ne stabilisce la revoca in base a considerazioni di equità e opportunità (art. 207, I comma). In quest'ultimo caso, parte della dottrina riteneva che il Ministro potesse tenere in considerazione anche lo stato di pericolosità. Cfr. E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 119-121.

(25) Cfr. H.J. Koestler, *Der Begriff des gefärlichen Gewonheitsverbrechers als Ergebnis einer Entwicklung*, Dresden, Dittert & Co., 1938, pp. 13-69 e M. Grünhut, *La custodia di sicurezza nel diritto penale germanico*, in « Rivista di Diritto Penitenziario », VI, 1935, pp. 216-235.

(26) Cfr. F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, Giuffrè, 1962, pp. 5-34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singolo, concreto reato debbano corrispondere cinque o dieci anni di reclusione, o sei settimane di arresto, oppure mille marchi di pena pecuniaria » (27). La tradizionale idea di retribuzione, ossia di proporzione astrattamente calcolata tra reato e pena va superata attraverso l'idea di scopo della pena, ponendo, cioè, in primo piano l'individuazione del trattamento che nel singolo caso, secondo il contenuto e l'estensione del castigo inflitto, appare la migliore tutela dei beni giuridici al cui presidio essa è posta (28).

Il diritto penale, secondo von Liszt, deve saper rilevare le differenze individuali e valorizzarle ai fini di un più efficace trattamento sanzionatorio. Se è possibile mostrare qualche indulgenza verso i delinquenti occasionali e gli individui bisognosi di risocializzazione, nessun cedimento è ipotizzabile verso la temibile armata dei « nemici capitali dell'ordine sociale »: mendicanti, vagabondi, prostitute, alcolizzati e delinquenti abituali (29). Verso tutti costoro, che costituiscono la categoria degli irrecuperabili, occorre lasciar da parte ogni chimera retributiva e prevedere un regime di neutralizzazione inflessibile e definitivo: « Voler recuperare individui di tal fatta ad ogni costo in celle di penitenziari è semplicemente assurdo. Lasciarli liberi a contatto con il pubblico, simili ad animali rapaci, fino a quando, dopo alcuni anni, commessi tre o quattro nuovi reati saranno nuovamente imprigionati e « rieducati » è ancora più assurdo […]. La società deve proteggersi contro gli irrecuperabili » (30).

Motivi simili sono presenti nel lavoro di Franz Exner *Die Theorie der Sicherungsmittel*, pubblicato nel 1914. Qui vengono isolate condizioni d'origine che determinano il sorgere di uno stato di pericolosità in capo ad alcuni individui: abbandono durante l'infanzia, alcolismo, immaturità psichica, infermità mentale. Poiché la genesi dei comportamenti devianti può radicarsi in eventi del tutto dissimili, non si può assoggettare ogni individuo allo stesso regime punitivo, ma occorre prevedere un ventaglio di risposte che tengano

(27) Ivi, pp. 38-39.
(28) Ivi, p. 45.
(29) Ivi, p. 54.
(30) Ivi, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conto del carattere cronico od occasionale della pericolosità espressa nel reato (31).

Il tema della pericolosità e le discussioni che esso suscita tra i penalisti a cavallo tra XIX e XX secolo vanno anche letti nella cornice del più ampio ruolo che lo Stato viene assumendo, anche attraverso la politica criminale, nel governo della vita dei singoli e nella determinazione forzosa di quello spirito coesivo che, se stentava a definirsi spontaneamente in particolare in comunità come l'italiana o la tedesca da pochi decenni raccolte in uno Stato unitario, poteva certo essere sollecitato con mezzi più energici e simbolicamente altrettanto suggestivi. A tal proposito, in una lettura che ridimensiona il peso dell'eredità positivista nella cultura e nella legislazione penale del fascismo, Mario Sbriccoli ha posto l'accento sui tratti permanenti di un sistema che, in quanto indulge al disprezzo per la persona dell'accusato, alla vessazione, all'intimidazione, si colloca su un *continuum* il cui punto d'avvio va recuperato all'indietro risalendo ben oltre le riflessioni della scuola di antropologia criminale. « È l'autoritarismo — scrive — al dunque la chiave di fondo che ci mette in grado di decifrare la reale qualità di processi culturali e processi politici che sembrano scambiarsi l'ispirazione. Ed è l'autoritarismo, come potenziale tratto permanente dell'esperienza politica (e penale) italiana che, visibile o latente, ha dettato — e potrebbe tornare a dettare — scelte di politica penale lesive della libertà o non compatibili col principio democratico » (32).

In termini analoghi si esprime Franco Bricola, ravvisando nella « mentalità ideologicamente autoritaria » di cui è portatore l'indirizzo tecnico-giuridico, intelaiatura dottrinale del Codice Rocco, uno sviluppo di tendenze illiberali che nei decenni precedenti si erano affacciate più volte nel dibattito scientifico come risposta alle ricorrenti manifestazioni di conflittualità sociale e che avevano tro-

(31) Cfr. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., pp. 73-77. Impegnati a riflettere sul tema colpa/pericolosità nei primi decenni del novecento sono anche altri autori tedeschi richiamati da Musco come Grünhut o Birkmeyer.

(32) M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni Fiorentini », XXVIII, 1999, p. 831.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vato nella prolusione di Arturo Rocco del 1910 un momento di solenne legittimazione (33).

Non differente appare il paesaggio tedesco qualora lo si osservi negli anni che precedono la presa del potere da parte del movimento nazista.

Da più parti si è sottolineato come il diritto penale nazista, nonostante la sua peculiare radicalità, sia solo l'ultima espressione di un'ondata antiliberale che travolge alcuni principi di garanzia individuale secondo un'opera di decostruzione dogmatica che attraversa i decenni tra fine ottocento e inizio novecento (34).

Wolfgang Naucke ha più direttamente rubricato la legislazione che va dal periodo bismarckiano alla prima guerra mondiale come il semplice preludio all'esperienza penale nazista. Sulla medesima linea autoritaria tracciata nella sua lettura vanno considerati il diritto di guerra, il diritto coloniale, fino a risalire ai provvedimenti liberticidi della « Legge contro i socialisti » del 1878, in base alla quale si qualificava come punibile il semplice fatto della partecipazione ad un sodalizio politico animato da finalità stigmatizzate come pericolose in quanto eversive dell'ordine costituito (35).

Ma, in generale, lo strumentario dogmatico sostanziale e processuale formatosi attraverso le esperienze coloniale e bellica, avrebbe preparato il terreno ai più drammatici eccessi dell'esperienza nazista: burocratizzazione della giustizia, deboli garanzie formali, inasprimento delle pene, procedure sommarie e affievolimento del principio di legalità (36). « Dalla fondazione del *Reich* al 1933 — scrive Naucke — non una sola volta nella dottrina si trova

(33) Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in ID., *Scritti di diritto penale*. Volume I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 552, n. 42. Sottolinea maggiormente lo sforzo dogmatico della scuola « tecnico-giuridica », rilevando anche i limiti, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 258. Sull'importanza della prolusione di Ar. Rocco si veda anche F. COLAO, *Le ideologie penalistiche tra ottocento e novecento*, in, *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra otto e novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 121-122.

(34) Cfr. K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 249.

(35) Cfr. W. NAUCKE, *NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?*, in « Rechtshistorisches Journal », XI, 1992, p. 286.

(36) Ivi, p. 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto penale di uno Stato di diritto [...]. Nel periodo 1933-45 la qualità del diritto penale non cambia » (37).

Accanto alla tendenza alla massima durezza, propria di una politica criminale autoritaria leggibile in termini di continuità, Alessandro Baratta evidenzia, nella maggior parte degli autori tedeschi che scrivono a ridosso del 1933, anche il superamento del dato naturalistico e criminologico, in quanto scientificamente obiettivabile, in favore dell'esigenza etico-politica di difendere la compattezza della comunità nazionale: « Il fine e la misura della sanzione penale — scrive — venivano così ricondotti al principio dell'inserimento autoritario del singolo nella comunità, del suo assoggettamento spirituale alla « sana morale popolare » (38). Esigenze che, con tutta evidenza, collidono col mantenimento del principio di legalità quale parametro stabile e scritto della conformità della condotta alle regole condivise, fino a sfociare in vere e proprie forme di « terrorismo penale » (39).

Le similitudini ideologiche esistenti tra fascismo e nazismo producono un analogo appello al diritto penale e ai suoi strumenti nel perseguimento di comuni strategie di controllo sociale e, tuttavia, la differente fisionomia dei due processi rivoluzionari, il diverso effetto conservativo-innovativo che essi hanno sulle strutture istituzionali preesistenti e la diversa matrice concettuale di alcuni lemmi che ne alimentano la retorica non possono essere trascurati e, anzi, appaiono rilevanti tanto nel dibattito culturale di esponenti della dottrina penalistica italiana con i loro omologhi tedeschi, quanto tra gli studiosi italiani, preoccupati di tenere la propria disciplina al riparo dalle « sirene » della politica. Per quanto, come osserva Naucke, alcuni mutamenti di struttura del diritto penale nazista fossero stati ampiamente preparati da quelli che avevano segnato i passaggi politicamente più impegnativi dei decenni precedenti, il nazismo costruisce un sistema fondato su alcune particolarità. Ad esempio, sulla sovrapposizione tra Partito nazista e Stato e sui legami di sangue e onore che garantiscono la vita della comunità. Vi si

(37) Ivi, p. 287.

(38) A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale,* Milano, Giuffrè, 1966, p. 53.

(39) Ivi, p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utilizza ampiamente il termine « popolo » (*Volk*) perché, al di là delle procedure e mediazioni istituzionali, esso rinvia alla dimensione originaria dei legami biologici di cui il *Führer* è sintesi, sicché da quest'ultimo promana la legge come espressione della volontà e del sentimento collettivi incarnati nella persona del Capo (40).

Anche nel fascismo si assiste a un marcato accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo, ma la funzione d'ordine assunta dal diritto penale non si spinge alle aberrazioni dell'esperienza nazista e mostra un qualche livello di compatibilità con regole e principi della tradizione liberale e un diverso atteggiamento sul principio di legalità.

2. *Il Fascismo e la forza dello Stato.*

Si suole far decorrere l'avvio della politica criminale fascista dalla legge 2008 del Novembre 1926, recante « Provvedimenti per la difesa dello Stato ». Di poco successiva alla crisi che aveva scosso il paese per l'omicidio di Giacomo Matteotti e che aveva offerto al regime l'opportunità di un primo robusto « giro di vite » su diritti e libertà, essa giunge come quasi immediata risposta al fallito attentato di Anteo Zamboni ai danni di Mussolini. Tramite questa legge viene reintrodotta nel sistema la pena capitale, prevista per quanti attentino alla vita del Re, di altri membri della casa regnante (regina, reggente, principe ereditario) nonché del Capo del Governo. Inoltre, la medesima pena si applica a coloro che rivelino segreti ad uno Stato estero o che ricevano la rivelazione, così come a chi promuova una sollevazione popolare in armi o atti di devastazione, saccheggio o strage; un insieme di condotte che il Codice Zanardelli sanzionava con pene oscillanti tra i tre e i quindici anni di reclusione. Alla legge 2008 si deve anche l'istituzione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, organo cui è devoluta la cognizione esclusiva dei reati che la legge disciplina e composto da giudici tratti dai ranghi delle forze armate o della milizia. Esso interviene retroattivamente anche sui procedimenti pendenti davanti alla magistratura ordinaria al

(40) Un'ampia analisi della struttura giuridico-isituzionale del nazismo e del suo sfondo culturale è presente nel classico di F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942*),* Milano, Bruno Mondadori, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento della sua istituzione e le sue decisioni non sono suscettibili di impugnativa o ricorso, salva la revisione.

Tra le condotte che la legge 2008 prende in considerazione e punisce con pene che vanno dai tre ai quindici anni di reclusione (contemplando, nel caso di delitti commessi all'estero, anche la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni) (41) vi sono la diffusione di notizie false che possano menomare il prestigio dello Stato o lo svolgimento di attività comunque contrarie agli interessi nazionali, la ricostituzione di associazioni o organizzazioni disciolte per ordine della pubblica autorità, l'istigazione al compimento o l'apologia di atti diretti contro la vita, l'integrità o la libertà personale dei membri già elencati della dinastia regnante o del Primo Ministro e il semplice concertare la commissione di simili atti. In quest'ultimo caso, il legislatore prevede una pena edittale massima di trent'anni per i promotori o organizzatori di gruppi di persone unite dal medesimo disegno criminoso.

Presentando tali misure al Senato, il Guardasigilli Rocco si esprime così: « La lotta contro il regime battuta sul terreno politico, si è ripiegata sul terreno della criminalità; occorrono mezzi speciali per combatterla sul terreno che essa ha scelto: occorrono cioè leggi speciali e di polizia » (42).

Come si è osservato (43), questo insieme di misure riporta indietro d'un colpo lo Stato rispetto al cammino sul terreno delle garanzie che, pur faticosamente e nonostante non pochi rigurgiti rigoristici, erano state poste a tutela della persona nel sistema del Codice Zanardelli.

Incoraggiato da un'ideologia che non riconosce al singolo individuo altro spazio di realizzazione che quello che l'organizzazione statuale gli riserva (44) e in cui, pertanto, il diritto di punire non è letto come una graziosa concessione che il cittadino fa allo Stato ma

(41) Confisca anch'essa retroattiva in quanto prevista sui beni del reo oggetto di alienazione dopo e fino a un anno prima della commissione del reato.

(42) Al. Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, La Voce, 1927, p. 122.

(43) Tra gli altri, si veda Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 833-835.

(44) Sulla mistica fascista del « gregariato di massa » si veda M. Isnenghi, *L'Italia del fascio*, Firenze, Giunti, 1996, pp. 152-154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come una sovrana prerogativa che quest'ultimo esercita liberamente ogni qualvolta senta minacciata la propria stabilità, il Governo fascista imprime un indirizzo quanto mai eloquente alla politica criminale che inizia ad essere declinata nel senso della difesa da ogni potenziale minaccia, da qualsiasi remoto segno di pericolo.

È sacrificando ogni diverso principio alla difesa dello Stato che si affida il giudizio sui fatti indicati nella legge ad un Tribunale che, per composizione e modalità di funzionamento, ha tutto l'aspetto di una corte militare, orientata non tanto ad accertare responsabilità ma a neutralizzare nemici; che si prevede la punibilità della semplice concertazione di una condotta criminosa; infine, che si introducono elementi di regolazione sostanziali e processuali con effetto retroattivo.

Poche settimane prima della Legge 2008, con il Regio Decreto 1848 del 6 Novembre, era stato approvato il Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza, che consentiva al Prefetto di intervenire con un ampio ventaglio di misure in una serie di situazioni in cui ne ravvisasse la necessità per garantire l'ordine. Il provvedimento riconosceva al Prefetto, tra l'altro, la facoltà di sciogliere associazioni che svolgessero attività contrarie agli interessi nazionali (una locuzione quella della « contrarietà agli interessi nazionali » che ritorna più volte nella legislazione, come si vedrà), inoltre puniva il tentativo di espatrio clandestino e l'attività di quanti avessero concorso a far espatriare o fossero espatriati per motivi politici e introduceva, per i reati comuni e politici, la sanzione del confino, variazione sul tema del domicilio coatto già noto alle leggi di polizia post-unitarie.

Il medesimo strumentario si ritrova nelle Norme sull'ammonizione e sul confino che corredano il Testo Unico sulla Pubblica Sicurezza modificato nel 1931, pochi mesi dopo l'introduzione del nuovo Codice penale. Il dato caratterizzante di questa normativa, immancabilmente sottolineato in ogni trattazione che la richiama (45), è l'utilizzo di indici di inquadramento delle condotte assolutamente generici nella costruzione delle fattispecie tramite cui

(45) Cfr. P. MARCONI, *Codice penale e regime autoritario*, in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 132 e D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 908-915.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esse vengono perseguite. Si prevede la misura dell'ammonizione, normalmente l'anticamera del confino, per le « persone designate dalla pubblica voce come pericolose socialmente o per gli ordinamenti politici dello Stato » ma si prevede, altresì, l'inflizione diretta del confino per « coloro che svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti costituiti nello Stato [...] o un'attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali ». Il sistema si dota, così, di una capacità di reazione a due velocità: in un primo momento richiama all'ordine quanti si mostrino indisciplinati e recalcitranti comminando alcune prescrizioni che valgono come un avvertimento e un invito a rientrare rapidamente nei ranghi della vita ordinata e della rispettabilità; in un secondo momento, contro la persistenza di atteggiamenti non altrimenti correggibili, isola i soggetti più indocili trasferendoli in luoghi remoti dal proprio domicilio per un tempo variabile da uno a cinque anni. Ma, in effetti, questa progressione può anche non esserci perché la misura del confino può essere adottata direttamente nel caso dell'esistenza dei summenzionati propositi sovversivi e qualora si sia diffamati, ossia « designati secondo la pubblica voce come abitualmente colpevoli » di una serie di delitti che vanno dalla resistenza alla pubblica autorità, al commercio di stupefacenti, dallo sfruttamento della prostituzione alla falsificazione di monete, dall'omicidio alla rapina. In altri termini, la legge consente l'irrogazione del confino alla semplice condizione che la polizia, che attraverso il Questore promuove l'applicazione della misura da parte di una commissione presieduta dal Prefetto, abbia raccolto delazioni, accuse ed ogni tipo di elementi a carico di un individuo che, secondo il successivo giudizio della commissione, appaiano prove sufficienti a dimostrarne la pericolosità per la sicurezza pubblica e l'opportunità di un allontanamento dalla vita comunitaria. Le maglie della legge sono estremamente strette: si può essere ammoniti in quanto semplicemente oziosi o vagabondi; si può essere ammoniti ma anche confinati in quanto « sospettati » rispetto a una serie ampia ed eterogenea di delitti; si può essere confinati in quanto l'attività contestata sia contraria agli interessi nazionali; infine, si può essere confinati non solo per aver svolto ma per aver manifestato il proposito di svolgere un'attività mirante a sovvertire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli ordinamenti costituiti *nello* Stato e, dunque, non esclusivamente i poteri costituiti *dello* Stato.

La legge fornisce al regime uno strumento repressivo d'eccezione che si può far valere nella ordinaria quotidianità delle tante situazioni che esso è capace di abbracciare. Lo scostamento dalla norma che innesca tale dispositivo appare tradurre i termini politici ed etici del patto cui lo Stato fascista ritiene di dover vincolare i cittadini. La punibilità di condotte come il vagabondaggio è un retaggio degli aspetti deteriori della legislazione liberale, ma la generica « contrarietà agli interessi nazionali » o la minaccia di sovversione degli « ordinamenti sociali costituiti nello Stato » lasciano affiorare un carattere della violazione modulato secondo le pretese di uno Stato autoritario e secondo i divieti di un sistema giuridico del conformismo e dell'obbedienza. Entro il cui perimetro è possibile ricondurre le condotte più disparate; dall'alcolismo all'omosessualità, dalla dissidenza politica ai delitti contro la persona o il patrimonio, in quanto tutte condotte egualmente estranee all'obbedienza politica e all'ortodossia morale cui si conforma la maggioranza dei cittadini (46). Le misure di prevenzione (o di polizia) possono colpire indiscriminatamente una larga fascia di soggetti in quanto sfuggano all'adesione ai valori che il regime non semplicemente difende ma impone e, così facendo, pongono le condizioni per quella che si è definita una « perdita completa del senso politico e morale della libertà individuale » (47). A maggior ragione, se si considera che esse si attivano anche sulla base della semplice formulazione di un proposito criminoso. Aspetto che, ricongiunto alla tipologia dei comportamenti censurati e al carattere sommario delle procedure di irrogazione dei provvedimenti, fa pensare a una strategia di politica criminale del sospetto e dell'intimidazione.

(46) Sulla persecuzione che queste disposizioni rendono possibile nei confronti degli omosessuali e sul significativo corto circuito che esse provocano nella loro classificazione come criminali politici o comuni si vedano: G. DALL'ORTO, *Il paradosso del razzismo fascista verso l'omosessualità*, in *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 515-528 e T. GIARTOSIO, G. GORETTI, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2006, pp. 139-144.

(47) G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poiché, come si è osservato, « pericolosità sociale e pericolosità politica vengono assimilate fra loro come disvalori equivalenti, meritevoli di essere combattuti sullo stesso piano e con gli stessi mezzi a tutela di un ordine che è ad un tempo politico e sociale » (48), occorre spostare l'analisi verso l'altro strumento normativo che assume come perno la pericolosità: le misure di sicurezza. Avvertendo sin d'ora che la comune radice e il carattere ideologicamente solidale di misure di sicurezza e prevenzione appare con forza già nella comparazione che ne offre un penalista autorevole come Biagio Petrocelli nel 1940 (49). Attecchita grazie al medesimo *humus* teorico, tale simbiosi operativa crea quello che Tullio Padovani ha indicato come lo « svuotamento parallelo » delle istituzioni penali, ossia la « creazione di una sorta di doppio binario normativo per cui i principi e le garanzie affermati in massima vengono sovvertiti e derogati per settori particolari, dove è necessario operare senza impacci e senza remore » (50).

È, infatti, sul terreno della pericolosità che il principio di legalità, sebbene formalmente mantenuto, perde il suo ancoraggio ad una dimensione oggettiva di lesività e, molto più che attraverso le modifiche della parte speciale del Codice relative ai delitti di attentato, di pericolo presunto o agli interventi, pur incisivi, sui massimi edittali e sulla recidiva, per suo tramite si giocano le strategie di una politica criminale « funzionale […] a una difesa a oltranza degli interessi statuali […] nella logica del più grande rigorismo repressivo » (51). Per quanto la dogmatica che ispira il Codice Rocco rimanga su alcuni punti, come il differente trattamento riservato a delitto tentato e consumato, ancorata a una visione che valorizza il concretizzarsi dell'evento lesivo e la sua obiettiva apprezzabilità (52),

(48) Ivi, p. 285.

(49) Cfr. B. Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940, pp. 288-302.

(50) T. Padovani, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'« età della decodificazione »*, in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 91.

(51) C. F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, cit., p. 26. Si vedano anche Padovani, *La sopravvivenza del Codice Rocco*, cit., p. 90 e G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, cit., pp. 788-789.

(52) Rispetto al differente rapportarsi delle due dimensioni e ad altri profili

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il lungo dibattito teorico che si svolge negli anni trenta e nei primi anni quaranta sulla pericolosità e su temi connessi come la capacità a delinquere, la definizione di delinquente abituale o professionale o, ancora, la configurazione di un « tipo d'autore », segnalano il peso che ha, in quella congiuntura culturale, la comprensione del delitto come espressione di un'anomalia soggettiva, da correggere se possibile o da isolare quando non si diano possibilità di correzione (53).

Da questo punto di vista, l'analisi di Biagio Petrocelli, che si pone nel 1940 sul crinale cronologico del primo decennio dall'entrata in vigore del nuovo Codice e in una certa misura raccoglie le fila dei contributi emersi sino a quel momento, risulta davvero illuminante.

Ci sono, secondo la lettura che propone, più ragioni per assimilare le misure *ante delictum* o di polizia delle leggi del '26 e successive integrazioni del Testo Unico del '31 e le misure di sicurezza o *post delictum*, di cui agli articoli 202 e seguenti del Codice penale. Ragioni estrinseche riguardanti le modalità di irrogazione per cui, se alla magistratura sono rimesse anche funzioni amministrative, il diverso regime giurisdizionale delle misure di sicurezza rispetto a quelle di polizia cessa di essere un elemento discriminante (54), e ragioni di contenuto che si lasciano ricondurre a due aspetti: il presupposto che ne consente l'applicazione è il medesimo; le finalità che esse perseguono non mostrano differenze. Tanto le misure di polizia che le misure di sicurezza risultano fondate sulla pericolosità individuale, comunque essa si manifesti. La pericolosità può emergere dalla commissione di un reato, nel qual

---

soggettivistici del « Progetto Ferri » si veda G. BATTAGLINI, *Principi di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione. Questioni preliminari*, Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1929, pp. 137-152.

(53) Altro tema che richiama l'attenzione degli studiosi e produce differenti valutazioni in ordine alle premesse soggettive dell'infrazione penale è il tema della criminalità minorile e della risposta, insieme sanzionatoria e correzionale, che lo Stato fascista appresta con il Regio decreto del 20 Luglio 1934, istitutivo di un circuito giurisdizionale specifico per i minori. Ragioni di spazio impediscono una più diffusa analisi, per la quale ci sembra utile rinviare ai contributi di F. GRISPIGNI, *La nuova legislazione sulla criminalità minorile* e B. PETROCELLI, *La nuova legislazione sui minorenni e il principio dell'imputabilità morale*, entrambi in « Rivista di Diritto Penitenziario », V, 1934.

(54) Cfr. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., pp. 290-291.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

caso ne costituirà il valore sintomatico, oppure può manifestarsi in modo indipendente dalla violazione di una norma ma, in entrambe le ipotesi, l'unico rapporto logico, la sola connessione che occorre considerare è quella esistente tra i mezzi di tutela e i reati ritenuti possibili per l'avvenire e non fra i suddetti mezzi e il reato avvenuto: « la prevenzione non cessa di essere tale solo perché si pone in moto in vista del sintomo reato, anziché di altri sintomi » (55). Inoltre, e coerentemente con una visione che enfatizza il ruolo di difesa che tali strumenti assolvono, le misure di sicurezza non sono meno repressive di quelle di polizia, cui manca ogni riferimento al recupero del singolo che le prime dovrebbero, invece, curare poiché sia le une che le altre puntano alla neutralizzazione: « è essenziale l'allontanamento dell'individuo pericoloso, elemento che a torto si vorrebbe ritenere proprio soltanto delle misure di polizia » (56).

Poste tali premesse, il ragionamento di Petrocelli scivola verso la sovrapposizione pura e semplice delle nozioni di pericolosità criminale che il legislatore fascista usa con riferimento tanto alle misure di polizia che a quelle di sicurezza. Richiamando le norme sull'ammonizione e sul confino del Testo Unico, Petrocelli asserisce che, nonostante l'apparente genericità, espressioni come « persone designate dalla pubblica voce come pericolose all'ordine nazionale dello Stato » o « persone che abbiano commesso o manifestato il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti, nazionali, sociali od economici costituiti nello Stato o a menomarne la sicurezza ovvero a contrastare o ostacolare l'azione dei poteri dello Stato » nella realtà sono assimilabili a situazioni che manifestano il pericolo di atti costituenti reato. « Atti — sottolinea — di tale gravità che non possono non rientrare, almeno nella massima parte dei casi, nelle ipotesi delittuose previste dal titolo primo del libro secondo del Codice penale, come è logico non soltanto per la gravità intrinseca degli atti stessi, ma anche per i criteri di rigorosa tutela della sicurezza dello Stato cui quella parte del Codice è ispirata » (57).

Perfettamente a suo agio entro la cornice ideologica del tempo,

(55) Ivi, p. 291.
(56) Ivi, p. 295.
(57) Ivi, p. 294.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sacralizza lo Stato e comprime la libertà dell'individuo, Petrocelli ritiene che si possano esplicitamente attrarre nell'orbita della sicurezza collettiva e sottoporre ai diversi dispositivi che la garantiscono il più generico atteggiamento di indisciplina, la più lieve ritrosia all'adesione conformistica che governa la vita pubblica e identificare nella loro equivocità gli elementi della condotta che li attesterebbero, ai più corposi requisiti che compongono la fisionomia dei reati contro la sicurezza dello Stato.

L'attenzione che il tema della pericolosità riscuote nella dottrina degli anni trenta non permette, tuttavia, di considerare una posizione come questa un'isolata espressione di rigorismo o « cultura del sospetto ». Una più ampia ricognizione al riguardo può mostrare quale peso avesse nel dibattito teorico la considerazione degli elementi soggettivi nella violazione penale e come, tramite essa, si venisse rafforzando la funzione d'ordine assolta dal diritto penale e scavando lo spazio per una « dogmatica penalistica del nemico », ampiamente professata nella Germania nazionalsocialista e non estranea alle frange politicamente più zelanti del mondo accademico italiano.

Il dato normativo concernente le ipotesi di pericolosità cui il Codice Rocco fa seguire l'applicazione di misure di sicurezza è ricavabile principalmente dagli articoli 202, 203 e 204. Essi dispongono che le misure possono essere applicate solo a persone socialmente pericolose che abbiano commesso fatti previsti dalla legge come reati e, in particolari casi che la legge determina, anche al di fuori della commissione dei medesimi. Si considera pericoloso precisamente chi, quand'anche non imputabile o non punibile, sia con la propria condotta incorso in una delle due ipotesi appena descritte e vi sia la probabilità che commetta nuovi fatti che la legge considera reati. Il giudizio di probabilità va emesso sulla base dei parametri offerti dall'articolo 133 (motivi a delinquere, carattere del reo, precedenti, condizioni di vita familiare e sociale) ma, in casi espressamente determinati, la legge stabilisce presuntivamente la qualità di persona socialmente pericolosa.

Quest'ultima ipotesi si concretizza, ad esempio, in relazione alla presenza di condizioni patologiche, difetti dello sviluppo intellettivo dell'agente o allo stato di corruzione morale che i precedenti penali del medesimo indicherebbero, la cui elaborazione normativa trova

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spazio nelle definizioni di delinquente abituale o professionale. La nozione di « alterazione patologica del comportamento » risulta, tuttavia applicabile in una serie potenzialmente assai ampia di casi (tra gli altri: minori non imputabili che abbiano commesso un delitto per cui si prevede la reclusione non inferiore a tre anni, soggetti prosciolti per infermità psichica o intossicazione alcolica purché il delitto non sia colposo e la pena edittale massima sia superiore ai due anni, condannati per un delitto non colposo a una pena diminuita a causa di infermità psichica o intossicazione alcolica) e secondo un presupposto, la relazione tra malattia o immaturità e crimine, la cui natura epistemologicamente problematica rischia, come si è osservato, di vanificare la previsione legale dell'accertamento di pericolosità e rendere molti soggetti non imputabili, assoggettabili a misure fuori da ogni garanzia (58).

Se, d'altra parte, nei casi ordinari la previsione che subordina le misure al verificarsi di un reato può considerarsi una soluzione ottimale in quanto assegna all'illecito penale un carattere sintomatico univocamente accoglibile (59), la legge ammette talune rilevanti deroghe. Si tratta delle figure, disciplinate dagli articoli 49 e 115, del « reato impossibile » e del mero accordo per commettere un delitto o, ancora, dell'istigazione, accolta o respinta, a commettere un delitto successivamente non perpetrato. Nel richiamarli si è affermato che « il concetto di fatto, agli effetti delle misure di sicurezza, non si identifica col concetto di fatto ai fini dell'applicazione delle pene » perché nel caso delle pene il reato viene osservato nella sua dimensione causale come fonte di danno o pericolo laddove rispetto alle misure esso vale come indicatore di uno stato personale che segnala l'opportunità di attivare meccanismi di difesa (60).

Ma, nel momento in cui si ammette questo, ossia in ossequio alle esigenze di sicurezza si offre cittadinanza ad un'accezione sensibilmente attenuata del termine « fatto », si finisce per far pendere la bilancia del giudizio di pericolosità sulla valutazione prognostica del comportamento operata dal giudice secondo un discrezionale ap-

(58) Cfr. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., p. 113.

(59) Ivi, p. 109.

(60) C. Saltelli, E. Romano-Di Falco, *Commentario teorico-pratico del nuovo Codice penale*, Torino, Utet, 1940, vol. II, p. 429.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prezzamento degli elementi elencati dall'articolo 133 e con ciò si disancora il principio di legalità delle sanzioni che regola il sistema penale dal riferimento ad un presupposto contenutistico di lesività sufficientemente certo e stabile (61).

Come detto, una ricognizione sulle discussioni dottrinali che accompagnano l'entrata in vigore del Codice Rocco, anche se condotta nei limiti di alcuni campioni rappresentativi, consente di misurare lo spazio che la questione dell'indole soggettiva come fondamento della violazione della legge e premessa del suo reiterarsi, occupa nel confronto teorico.

In un testo intitolato *Capacità a delinquere e pericolosità criminale* pubblicato nel 1933, Agostino Berenini insiste sul rilievo che il Codice penale assegna al profilo soggettivo del delinquente assumendo che la capacità a delinquere in quanto insufficiente resistenza alle « forze che traggono al delitto » si debba certamente far coincidere con la pericolosità, della quale non sarebbe altro che la manifestazione conclamata nel reato consumato, uno scenario attraverso cui è possibile vedere come: « il pericolo non risiede nel fatto ma nell'uomo » (62). Se capacità a delinquere e pericolosità sono reciprocamente funzionali, gli elementi di diagnosi indicati nell'articolo 133 vanno contestualmente assunti come base per la quantificazione della sanzione ma anche come cornice di una più ampia valutazione sulle possibili ricadute del reo. Decisivo è il ruolo del giudice che, avvalendosi della sua preparazione mentale e della sua conoscenza della personalità psichica del giudicabile « nella quale più che nel fatto si annida il pericolo » (63), dovrà ricavare da questa « psicoscopia » i criteri per la sua scelta.

Anche uno studioso più recalcitrante a riconoscere nella considerazione della pericolosità il fulcro dell'attenzione che il legislatore

(61) Sul punto, F. SGUBBI, N. MAZZACUVA, *Dispensa per il corso di Istituzioni di Diritto Penale*, Bologna, Patron, 1994, p. 68 e, più diffusamente, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 399-404.

(62) A. BERENINI, *Capacità a delinquere e pericolosità criminale*, in « Il Pensiero Giuridico-Penale », V, 1933, p. 173.

(63) Ivi, p. 170. Nel senso della differenza tra capacità a delinquere e pericolosità rispetto al rilievo che gli indici dell'articolo 133 possono avere su un giudizio rivolto al fatto commesso o ai fatti futuri si vedano SALTELLI, ROMANO-DI FALCO, *Commentario*, cit., pp. 430-431.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fascista avrebbe spostato dal delitto al delinquente quale Silvio Ranieri, in un testo apparso nello stesso anno ammette che essa configura forme di delinquenza *qualitativamente* diverse per il trattamento delle quali il giudice non può che affidarsi a deduzioni e criteri d'ordine empirico: « l'esattezza del giudizio di pericolosità — scrive — è correlativa all'estensione della conoscenza delle circostanze che lasciano attendere una condotta criminosa. E il problema dell'accertamento della pericolosità si riduce, nel suo aspetto pratico, all'accertamento di quelle cause che, secondo l'esperienza e la legge di causalità, fanno persuasi dell'esistenza di un pericolo in atto come causa probabile di un futuro evento dannoso » (64).

Proprio sull'accettazione da parte di Ranieri della pericolosità quale criterio di determinazione della pena si radica la critica mossagli da Filippo Grispigni, il quale asserisce che se si accoglie un tale presupposto non si può che osservare come l'intero sistema penale sia fondato sulla pericolosità. Secondo la sua analisi « è evidente che quando la legge determina i criteri che devono obbligatoriamente essere seguiti dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, ciò significa che questi stessi criteri essa ha seguito nell'elaborazione di tutto il sistema legislativo; l'opera infatti del giudice non è che la continuazione di quella del legislatore e sarebbe assurdo che l'uno e l'altro seguissero criteri diversi » (65). A sostegno di tale argomentazione, Grispigni ricorda che l'effettiva inflizione del castigo (e non solo le sue modalità) secondo la lettera del Codice penale appare ancorata al giudizio di pericolosità perché è secondo questo che gli articoli 164 e 169 prevedono la possibilità del perdono giudiziale, della sospensione condizionale della pena e della liberazione condizionale (66). Ma, allargando lo spettro della sua replica a Ranieri, Grispigni contesta anche il fatto che l'articolo 203 vada letto nel senso di una delimitazione dell'area dei soggetti pericolosi. Questi, secondo il rinvio all'articolo precedente, sarebbero gli autori di fatti previsti dalla legge come reati o anche, in ipotesi tassative, non considerati tali e, dunque secondo Ranieri, il legislatore avrebbe

(64) S. Ranieri, *La pericolosità criminale nel Codice penale vigente* (1933), in Id., *Scritti e discorsi vari* Volume I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 267.

(65) Ivi, *Postilla del Grispigni*, p. 276.

(66) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mantenuto sui profili soggettivi della pericolosità un pregiudizio valutativo rispetto all'effettuale verificarsi di un evento. In realtà, per Grispigni, l'articolo 203 si sarebbe dovuto leggere per esteso, sottolineando adeguatamente la locuzione iniziale « agli effetti della legge penale è socialmente pericoloso… ». Così facendo, si sarebbe compreso che la reale intenzione del legislatore non era tanto quella di considerare pericolose le persone che avessero infranto la legge penale, ma che, solo agli effetti di questa, un soggetto pericoloso sarebbe stato sottoponibile a misure di sicurezza, restando aperta, in ogni altro caso, la via delle misure di prevenzione della legge di Pubblica Sicurezza (67).

Ma se autori come Berenini, Grispigni o Petrocelli insistono sulla funzione di difesa apprestata dalla nozione di pericolosità, costituendola come il piano di immanenza su cui il legislatore articola lo strumentario integrato della prevenzione penal-poliziesca, altri studiosi provano a evidenziarne i profili garantistici, di criterio di adattamento della reazione statale alle caratteristiche individuali dell'agente secondo la minaccia che questo realmente rappresenta.

È il caso di Eugenio Florian che, condividendo l'approccio positivista secondo il quale è possibile osservare un'inclinazione al delitto che va oltre la semplice infrazione penale, ritiene che la pericolosità vada assunta come condizione di perfezionamento dell'imputabilità dell'azione. Se questo vale pacificamente rispetto alla previsione normativa che vuole un individuo passibile di misure di sicurezza solo se, non essendo punibile o imputabile, questi sia anche pericoloso, Florian insiste sull'inversione dello schema per cui: « la pena e gli istituti affini non hanno ragione di applicarsi ove non sieno necessari od almeno utili: ove non è pericolosità, ivi non può farsi luogo agli stessi […] la pericolosità è il titolo per il perfezionarsi della responsabilità criminale » (68).

Contro posizioni dottrinali che si erano andate mostrando favorevoli alla configurazione di una specifica categoria delittuosa consistente nella mera pericolosità, Florian insiste sul fatto che essa si sarebbe dovuta inquadrare sempre rispetto alla commissione di un delitto, che questo passaggio dovesse comunque costituirne un

(67) Ivi, p. 273.

(68) E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indefettibile presupposto. Ma se, d'altra parte, il fine della risposta penale è la difesa della società, non si sarebbe dovuta trascurare l'indole dell'autore, in quanto un'azione repressiva si giustifica ove essa appaia il solo modo per neutralizzare una fonte di pericolo. « Dire che il delinquente è sempre pericoloso — scrive Florian — è tornare all'antico, trasferire di nuovo la pericolosità nell'azione, obliando il delinquente » (69).

In questo schema, la pericolosità funziona come « limite concreto dell'imputabilità » (70) e, benché essa abbia nel fatto l'occasione più eloquente del suo manifestarsi, possono darsi casi in cui essa manchi del tutto, impedendo di far sorgere una qualsivoglia pretesa punitiva. Al tempo stesso, secondo Florian, il trattamento richiesto da azioni che non integrino gli estremi del reato, come quelle che configurano un « tentativo impossibile », va fatto rientrare nell'orbita della difesa penale in quanto denuncino un certo livello di pericolosità (71).

Alle soglie della seconda guerra mondiale e nei primi anni quaranta, in un clima politico che favorisce il dialogo con la penalistica tedesca, autorevoli studiosi italiani criticano la tendenza a far gravitare il sistema penale intorno alla pericolosità e i « cedimenti » in senso garantistico che essa poteva implicare. Significative, in tal senso, le posizioni assunte da Giuseppe Maggiore e Giuseppe Bettiol. Il primo, sul quale si avrà modo di tornare per un suo celebre scritto che, ispirandosi a controversi esiti della penalistica nazista, prefigura un approdo del diritto penale in linea col carattere rivoluzionario dell'esperienza fascista, richiama la centralità della volontà consapevole nell'imputazione del reato secondo il dettato del Codice Rocco e ironizza sulla tendenza dei positivisti a misurare tutto in termini di pericolo e difesa omettendo la finalità eminentemente retributiva della giustizia penale. « Il mondo penale del positivista — scrive Maggiore — si articola intorno a un asse percorso dalla corrente elettrica dove è scritto « pericoloso toccare ». In tal modo non vi sono, per essere esatti, più rei, reati e pene, ma persone pericolose, azioni pericolose, misure intese ad

(69) Ivi, p. 321.
(70) Ivi, p. 322.
(71) Ivi, p. 658.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evitare un pericolo. Non c'è […] neppure un diritto penale (poiché non vi è diritto senza giustizia) ma soltanto un diritto di difesa; e neanche un diritto, bensì un semplice meccanismo difensivo » (72).

Pur riconoscendo che la pericolosità è « eticamente valutabile », Maggiore rifiuta che essa si possa considerare la « chiave di volta del diritto penale » e insiste sulla differenza tra la nozione di pericolosità usata nell'articolo 203 e quella di capacità a delinquere presente nell'articolo 133. A parte il rilievo per cui nulla avrebbe vietato al legislatore di usare la medesima espressione ove avesse voluto riferirsi alla medesima cosa, Maggiore osserva che la pericolosità indica solo la probabilità che taluno commetta un reato, laddove la capacità a delinquere « importa un giudizio sulla personalità del reo, il quale è più incline al male anziché al bene » (73).

Tanto la pericolosità che la capacità a delinquere sono suscettibili di valutazione etica, ma solo la capacità può essere oggetto di un rimprovero che si traduce, in sede giuridica, in un castigo, mentre l'individuo pericoloso si pone « fuori dal mondo morale » (74). La struttura fondamentalmente retributiva del sistema per cui si può ben essere imputabili senza essere pericolosi obbliga a considerare l'azione assumendo come *prius* la libertà del singolo e, qualora essa « pende più verso il peccato che verso la virtù » (75), a usarla come il calco di una complessione morale che esige un adeguato inasprimento punitivo.

In funzione complementare al meccanismo colpa-espiazione su cui si fonda il diritto penale, l'ordinamento accoglie dei dispositivi di neutralizzazione, le misure di sicurezza, che funzionano secondo una logica preventiva, eventualmente associabile ma in nessun modo succedanea di quella che ispira le pene. Proprio perché si tratta di orizzonti differenti, l'opinione di Maggiore è che le misure di sicurezza vadano ricomprese nell'ambito di operatività delle misure di polizia, delle quali condividono premesse e obiettivi: « A noi sembra che l'attrazione delle misure di sicurezza nell'orbita delle

(72) G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1943, pp. 313-314.

(73) Ivi, p. 316.

(74) Ivi, p. 719.

(75) Ivi, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

misure amministrative di polizia si presenti, dal punto di vista dogmatico, fatale. Se esse hanno un solo presupposto: il pericolo e un solo scopo: la prevenzione di esso, non possono che coincidere in tutto e per tutto » (76). Questa sembra l'unica concessione fatta alle posizioni di positivisti come Petrocelli (77), all'interno di un'analisi che punta a enfatizzare il momento retributivo della risposta penale e l'inquadramento dell'indole dei delinquenti secondo una logica ad esso conciliabile. In effetti, si tratta di una concessione significativa perché allude all'esistenza di un *continuum* tra la neutralizzazione poliziesco-securitaria dell'individuo pericoloso (78) e una modulazione delle pene che ne incrementi il rigore ogni qualvolta le caratteristiche personali del reo richiamate dall'articolo 133 attestino una significativa capacità a delinquere, ossia una fisionomia morale attratta dal disordine e dal male. L'orizzonte del recupero passa in secondo piano a favore di una sensibilità che coglie nel rigore e nell'inflessibilità il *quid* del comando giuridico.

Su posizioni simili a quelle di Maggiore e, come nel suo caso manifestando una vocazione al dialogo con la penalistica nazista, si trova Giuseppe Bettiol. Proprio partendo da una riflessione sulle nozioni di « tipo di autore » e « colpa di autore » quali erano emerse negli scritti di alcuni giuristi tedeschi, Bettiol si domanda se anche nel Codice Rocco non vi fosse modo di ricostruire i lineamenti di una dogmatica che sapesse valorizzare i tratti individuali non nei termini specialpreventivi della difesa ma in quelli classici della colpa e della retribuzione. Secondo la sua analisi occorre distinguere tra istituti come la « recidiva » e l'« abitualità a delinquere », essendo la prima perfettamente aderente al sistema della retribuzione mentre la seconda è sottoposta al diverso principio della difesa. « Ai fini della determinazione dell'esistenza di una pena che si adegui al modo di essere dell'autore — scrive — la qualifica del delinquente abituale, in quanto porta ad una misura di sicurezza non ha significato alcuno,

(76) Ivi, pp. 722-723.

(77) Il cui saggio sulla pericolosità è per Maggiore la migliore trattazione dell'argomento. Cfr. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, cit., p. 314.

(78) Giova ricordare che per Petrocelli la correzione-risocializzazione non rappresenta lo scopo principale delle misure di sicurezza. « Può darsi — scrive — misura di sicurezza senza cura e senza emenda, non misura di sicurezza senza… sicurezza ». B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché siamo al di fuori del campo della *colpa di autore* (*Täterschuld*) che porta alla *pena di autore* (*Täterstrafe*). Solo in quanto l'autore è un recidivo il problema viene in considerazione » (79).

Il reato del recidivo manifesta la sua inclinazione a delinquere e va considerato, anche nel perimetro di un diritto penale dell'azione, come indice di una più intensa volontà colpevole che va adeguatamente repressa. Il carattere non va apprezzato secondo la prospettiva fissa del determinismo positivista, valevole tanto a espandere difensivamente che a restringere garantisticamente la risposta dell'ordinamento, ma come qualcosa di plasmabile, come il campo di « un'attività cosciente, finalisticamente orientata, capace di superare anche le tare ereditarie e le deficienze innate, e ciò non in base a una mera finzione […] ma alla stregua di una verità che ha avuto il suo collaudo sperimentale » (80). In altri termini, al delinquente e massimamente al recidivo può e deve rimproverarsi non solo il fatto commesso ma anche l'omessa censura delle proprie intenzioni. Non semplicemente l'aver rubato, ad esempio, ma l'aver lasciato prevalere in sé lo spirito del ladro. Se dal punto di vista della società questo significa essere stato fonte di ulteriori pericoli, dal punto di vista del singolo significa non avere colpevolmente controllato l'insorgenza delle tendenze da cui essi si sono sviluppati. Sicché Bettiol può affermare che: « L'idea della retribuzione non è infranta ma estesa oltre alla sfera d'influenza della singola azione delittuosa » (81).

Sebbene formalmente Bettiol rispetti la bipartizione pene-misure di sicurezza, nel suo ragionamento il polo repressivo-retributivo finisce per assorbire ogni altro elemento e fa assumere al diritto una curvatura etica che non lascia spazio a schemi alternativi. Si è colpevoli per aver impresso un certo indirizzo all'esistenza, per aver preferito il male al bene: « C'è una colpa che colora tutta una vita […] la colpa per condotta di vita è di netta *origine moralista*, ma può essere invocata per spiegare alcuni fenomeni del diritto penale che

(79) G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei « tipi di autore »*, in « Rivista italiana di diritto penale », XIV, 1942, p. 39.

(80) Ivi, pp. 43-44.

(81) Ivi, p. 41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finora non erano stati abbastanza chiariti » (82). Quand'anche il soggetto sia tratto al crimine da un *deficit* caratteriale, egli deve rispondere di quest'incapacità di controllarsi, che lascia pesare sul fatto un valore aggiunto di esecrabilità e giustifica una reazione più vibrante.

Negli anni della guerra (Bettiol pubblica il suo articolo nel 1942 e l'anno seguente escono i *Principi di diritto penale* di Maggiore) comprensibilmente la circolazione di temi e idee tra studiosi italiani e tedeschi aumenta e, per quanto nell'insieme si possa tener fermo che « le esperienze totalitarie hanno modelli variabili a seconda del contesto in cui si svolgono » (83), la stretta rigorista di parte della dottrina italiana, che attraverso un certo uso della recidiva e della nozione di capacità a delinquere sembra voler tratteggiare la fatti-specie incriminatrice di « individuo pericoloso » (84) può leggersi come un effetto di questo clima. Il corso degli eventi successivi ha impedito che esso incidesse sulla politica criminale italiana in modo significativo, ma lo ha, probabilmente, impedito più di quanto non avrebbero saputo fare le originarie e in parte persistenti differenze tra i due versanti teorici.

3. *Il Nazismo e la difesa della comunità.*

Se in Italia discussioni teoriche e affinamenti dottrinali spingevano nel senso dell'estensione o del restringimento del principio

(82) Ivi, pp. 42-43. Va osservato che alcuni decenni dopo, Bettiol scrive che la sua insofferenza verso le misure di sicurezza come presidio della « difesa sociale » era stata originata da una sollecitudine nei confronti dei delinquenti malati di cui, a suo avviso, ci si sarebbe dovuti far carico secondo una visione solidaristica ispirata alla dottrina morale cattolica. Cfr. G. BETTIOL, *Il ruolo svolto dal Codice penale Rocco nella società italiana,* in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 30.

(83) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 552, n. 42.

(84) Mantenendo la distinzione tra capacità a delinquere come malvagità e pericolosità come probabilità di commettere reati in relazione a circostanze oggettive che vanno oltre l'indole del soggetto (distinzione che consente al doppio meccanismo repressivo-trattamentale di intervenire in ogni caso), Pietro Nuvolone usa, nel definire la capacità a delinquere, l'equivoca espressione (utilizzata già da Antolisei) « criminalità latente » che allude a una profonda deformazione morale di cui il reato rappresenta il luogo di emersione. Cfr. P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, Tipografia A. del Maino, 1942, pp. 35-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cardine del diritto penale liberale *nullum crimen sine lege*, depositando nelle maglie della legge ciò che essa attraverso le sue trasformazioni ma altresì attraverso tali confronti mostrava di poter accogliere, in Germania più radicali rivolgimenti politico-ideologici decretavano l'affermarsi di una visione del delitto e della pena ispirata alla diversa massima *nullum crimen sine poena*, che sintetizza efficacemente il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato totalitario e le sue conseguenze nel campo giuridico-penale.

Occorre sottolineare la differenza tra certezza delle regole, propria dello Stato di diritto, e giustizia sostanziale. Secondo questi termini si esprime Carl Schmitt in uno scritto del 1934 che commenta il processo seguito all'incendio del *Reichstag*, osservando che la giustizia pretende che nessun delitto resti impunito (85) e si può dire, per grandi linee, che questo approccio si manterrà come la cifra identificativa di una nuova epoca in cui ciò che è penalmente rilevante va considerato assumendo la difesa della comunità popolare come scopo e la coscienza morale della medesima come sorgente di valori e mettendo da parte ogni amabile concessione alla sfera esistenziale del singolo individuo (86).

È possibile cogliere un segnale delle nuove tendenze che interessano il diritto penale proprio a partire dal processo « van der Lubbe », che prende il nome del giovane militante comunista accusato di aver causato l'incendio del *Reichstag* il 27 Febbraio 1933 e successivamente condannato a morte per quest'imputazione. Il 28 Febbraio, un provvedimento noto come « Ordinanza per la difesa del popolo e dello Stato » aggrava le pene previste per alcuni delitti, introducendo la pena di morte per casi per cui, sino ad allora, si sarebbe applicato l'ergastolo. Ma è una successiva legge del 29 Marzo che stabilisce che le pene modificate il 28 Febbraio si sarebbero applicate anche ai fatti commessi tra il 31 Gennaio e il 27 Febbraio 1933 (87). Il regime nazista si affaccia, dunque, al potere brandendo la pena capitale e non esitando a usarla retroattivamente

(85) Cfr. C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in « Juristische Wochenschrift », 12-13, 1934, pp. 713-718.

(86) Cfr. H. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, Beck, 1981, p. 97.

(87) Cfr. W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied-Kriftel, Luchterhand, 2000, p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al primo segnale di allarme in grado di turbare l'ordine e la quiete e di apparire come una sfida ai nuovi detentori del potere. Non molto tempo dopo, nel 1935, sarà il sottosegretario alla Giustizia (e più tardi Presidente del *Volksgerichtshof*) Roland Freisler a sottolineare che il diritto penale intende combattere ogni inclinazione all'antisocialità, all'anarchia, all'illecito, al turbamento della pace, quand'anche non si concretizzi in una condotta lesiva dei beni protetti dalla legge ma appaia, anche in modo latente, dalla fisionomia spirituale del soggetto perché il diritto penale è un « diritto di battaglia » e la battaglia non può limitarsi alla reazione a un attacco ma mira alla neutralizzazione del nemico pericoloso prima che questi possa nuocere (88).

In uno scritto del 1933 che è, per certi versi, un manifesto della politica criminale del nascente regime nazista, i penalisti Georg Dahm e Friedrich Schaffstein insistono sulla necessità che la pena assolva una funzione simbolica, consistente nel manifestare la potenza dello Stato (89). Benché tale funzione si riconnetta massimamente all'uso della pena di morte, essi osservano che la repressione del delitto non deve superare certi limiti di proporzionalità perché ogni « brutale sovrappiù senza commisurazione rispetto a colpa e responsabilità sarebbe insensata barbarie e non verrebbe compreso » (90). Non bisogna, tuttavia, enfatizzare la portata di quest'affermazione o vedervi particolari cautele garantistiche. La tesi di Dahm e Schaffstein è che, attraverso il diritto penale, la cui forza coattiva veicola l'inflessibilità del comando politico, lo Stato nazionalsocialista riconduce ad unità ciò che la mentalità liberale aveva lasciato disperdere. Lo Stato non può costituirsi come effetto delle singole volontà concorrenti e il diritto non può valere come strumento di tutela di interessi localizzati. Da questo punto di vista, la massima « nessuna pena senza predeterminazione legale » che è l'architrave del Codice penale, fa che esso appaia, secondo la nuova sensibilità ideologica, la « *Magna Charta* del delinquente » laddove

(88) Cfr. R. Freisler, *Willenstrafrecht; Versuch und Vollendung*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, a cura di F. Gürther, Berlin, Vahlen, 1935, pp. 14-15.

(89) Cfr. G. Dahm, F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 41.

(90) Ivi, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso dovrebbe diventare la « *Magna Charta* degli interessi statuali » (91). Per difendere ed affermare la preminenza di questi su quelli privati, il senso etico cogente ricompreso in espressioni come « onore della nazione » contro la deriva relativistica della cultura borghese, il diritto penale è uno strumento irrinunciabile ma, tanto più efficace quanto più flessibile. In linea di principio, esso non può trascurare la dimensione special-preventiva, grazie alla quale la pena, oltre alla sua funzione deterrente generale, punta ad un recupero del delinquente; a patto che si tenga ferma la distinzione tra sicurezza e rieducazione e, cioè, che resti fermo che « non ogni delinquente può essere rieducabile ma la questione va risolta caso per caso » (92).

Il sistema del diritto penale nazista resterà, fino al crollo del regime, ancorato a due postulati metodologici: da una parte una strettissima dipendenza rispetto al campo delle decisioni politiche, la quale fa sì che, nonostante l'insediamento di una commissione di riforma del Codice penale, non si arrivi all'emanazione di una nuova compilazione che avrebbe prodotto un diritto ideologicamente connotato ma vincolante, con minori spazi di manipolazione tramite interventi occasionali (93); dall'altra, la rimodulazione di alcune coordinate fondamentali nel campo delle fattispecie incriminatici che spinge verso un diritto del pericolo piuttosto che del danno e verso l'inquadramento di condotte pericolose a partire dai tratti specifici (biografici ma altresì etnico-razziali) di particolari categorie di soggetti pericolosi per la comunità, come esponenti della stessa dottrina italiana non esitano a rilevare sin dall'inizio (94).

Tra i primi e più significativi risultati di quest'indirizzo, va considerata la legge del 24 novembre 1933 contro i delinquenti abituali pericolosi. Pur attingendo a elementi di politica criminale che precedono la dittatura hitleriana, essa funziona come uno degli strumenti privilegiati nella guerra che il regime dichiara ai propri

(91) Ivi, p. 32.

(92) Ivi, p. 45.

(93) Cfr. J. FEST, *Il volto del Terzo Reich*, Milano, Mursia, 2001, p. 335. Sui progetti di riforma del Codice del 1871 precedenti alla presa del potere nazista si veda MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., pp. 76-79.

(94) Cfr. A. DE MARSICO, *Prime linee della riforma hitleriana del diritto penale*, in « Rivista Penale », V, 1934, pp. 17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nemici interni, solo retoricamente identificabile alla battaglia proclamata contro la delinquenza (95).

La legge prende in considerazione i « delinquenti pericolosi » sotto un duplice punto di vista, parzialmente riconducibile alla logica del doppio binario adottata nel sistema italiano e meglio assimilabile alle questioni poste a proposito dell'accezione repressivo-retributiva che, secondo alcuni, si sarebbe dovuta assegnare al concetto di capacità a delinquere usato dal legislatore fascista.

Il primo articolo della legge, che diventa il paragrafo 20 del Codice penale, stabilisce che la terza condanna per un fatto doloso impone la comminazione di cinque anni di reclusione o, qualora l'ultimo fatto fosse sanzionato con pena più grave, di quindici anni. Condizione per determinare l'incremento è che i primi due fatti dolosi avessero provocato una condanna definitiva compresa tra i sei mesi di carcere e la pena capitale. Ma il comma seguente si affretta a precisare che la pena può essere aggravata per ognuno dei fatti da giudicare secondo le misure previste anche in mancanza di altre premesse qualora l'autore « dalla valutazione complessiva dei fatti risulti delinquente abituale pericoloso ». Il profilo evocato dalla legge è, per ampio riconoscimento della dottrina, non quello del semplice recidivo ma quello di un soggetto pericoloso, indotto a violare ricorsivamente la legge da una costituiva « instabilità e debolezza della volontà » (96). Ciò che la disposizione qualifica è un'attitudine espressa dalla condotta ma profondamente inerente al temperamento del singolo. « Ragione dell'inasprimento della pena — scrive Bockelmann — è una qualità dell'autore: che egli è un delinquente abituale […] Solo la valutazione complessiva di tutti e tre i fatti può giustificare l'ipotesi che l'autore è un delinquente abituale pericoloso. Cosicché la legge obbliga il giudice a oltrepassare il quadro del singolo fatto […] il delinquente abituale pericoloso secondo l'inequivocabile tenore letterale del paragrafo 20 viene

(95) Cfr. M. Frommel, *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, a cura di M. Stolleis, München, Beck, 1991, p. 54.

(96) E. Schäfer, *Das Gesetz gegen gefärliche Gewonheitsverbrecher und über Maßregeln zur Sicherung und Besserung*, in *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, a cura di H. Frank, München, Franz Eher, 1935, p. 1367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punito per ciò che egli è » (97). Secondo Edmund Mezger, la figura del « delinquente abituale pericoloso » introdotta dalla legge del 1933 risolve il problema, rimasto aperto nella dottrina italiana, riguardante la caratterizzazione del « delinquente per tendenza », ossia di quel soggetto che si trova ripetutamente in contrasto con le regole della vita associata in ragione di un'indole particolarmente malvagia, la quale obbliga l'ordinamento ad adeguare le proprie risposte (98). Questo adeguamento risente del particolare clima che nel regime nazista si determina intorno all'infrazione della legge, non osservata solo nella dimensione oggettiva del danno che essa produce o del pericolo che segnala, ma nella dimensione soggettiva del sottrarsi da parte del singolo « membro della comunità » (*Volksgenosse*) ad un patto tacito di scrupolosa obbedienza all'autorità che si configura come un intollerabile atto di infedeltà, un vero e proprio tradimento (99).

Questa percezione della coesione come bene primario, che onora il gregarismo come prassi grazie alla quale solo diluendosi nello spirito collettivo è possibile trovare il proprio *ubi consistam*, esalta gli aspetti repressivi del diritto penale e la loro vocazione a isolare e neutralizzare quanti si mostrano più riottosi o, comunque, non adattabili.

A partire da tali premesse è possibile comprendere perché la legge del Novembre 1933 appaia ispirata ad una logica poliziesca ed afflittiva anche in quelle sue parti che introducono alcune « misure di sicurezza e miglioramento », in qualche modo simili alle misure di sicurezza previste dalla legislazione italiana. Infatti, essa dispone che qualora si commetta un reato in condizioni di disturbo dell'attività mentale che impediscano di riconoscere l'illiceità del proprio comportamento, l'autore non sia punibile. Sarebbe punibile in via attenuata, secondo le disposizioni che regolano la punizione del tentativo, se il disturbo comportasse una limitazione parziale delle

(97) P. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1940, 2° Teil, p. 36. Nello stesso senso, G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, Weicher, 1940, p. 15.

(98) Cfr. MEZGER, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, cit., pp. 262-263.

(99) Cfr. R. FREISLER, *Der Schutz der Bewegung im neuen Strafrecht*, in « Deutsches Strafrecht », III, 1936, 3, p. 75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facoltà di discernimento. Queste disposizioni innovano il paragrafo 51 del Codice penale che, nella precedente versione, si riferiva a *deficit* mentali che escludessero la libera determinazione della volontà, esigendo la prova della mancata percezione dell'illiceità della condotta e, in ogni caso, si riconnettono agli altri articoli della legge, che diventano i paragrafi 42a-42n del Codice penale e introducono un insieme di misure in cui, per stare allo scritto di Dahm e Schaffstein sul *Diritto penale liberale o autoritario*, le esigenze di sicurezza e rieducazione vengono sapientemente dosate.

La regola generale impone che chi ha agito in stato di incapacità venga associato a uno stabilimento di salute o di cura, se la sicurezza pubblica lo esige. Il ricovero è cumulato alla pena nel caso di semplice attenuazione dell'imputabilità (paragrafo 42b). Il ricovero in uno stabilimento di cura per bevitori viene previsto per i soggetti dediti al consumo di alcolici e assegnato insieme alla pena per un delitto che sia stato commesso in condizioni di ebbrezza (paragrafo 42c) così come l'internamento in casa di lavoro è disposto quando taluno abbia commesso atti impudichi ovvero abbia mendicato per pigrizia, indolenza o per professione o abbia comunque fatto ravvisare l'opportunità di un'educazione forzosa al lavoro e alla vita ordinata (paragrafo 42d). Nel caso di delitti di indole sessuale di particolare gravità quanto alle modalità di esecuzione o alle qualità delle vittime, per coloro che abbiano superato i ventuno anni, oltre la pena può essere disposta l'evirazione (paragrafo 42k) (100). La custodia di sicurezza può essere, inoltre, ordinata nei confronti dei « delinquenti abituali pericolosi » a cui si riferisce il paragrafo 20, insieme alla pena quando il tribunale ravvisi esigenze di pubblica sicurezza (paragrafo 42e). La durata delle misure non è determinata in modo univoco. L'internamento dei bevitori in uno stabilimento di disintossicazione non può durare oltre i due anni. Ma lo stesso limite vale solo per il primo ingresso in una casa di lavoro, mentre per l'internamento in un istituto di cura psichiatrica o per la custodia di

(100) La giurisprudenza tedesca arriva ad ammettere una « castrazione ripetuta » ed eventualmente « più volte ripetuta », qualora il primo intervento non sia stato ben eseguito o quando il soggetto pericoloso, seppure ristretto in un istituto di sicurezza, possa soddisfare i propri « istinti criminali » ed agire contro la moralità. Cfr. H. Von Hentig, *Nuovi problemi della castrazione*, in « La Giustizia Penale », XLIV, 1938, coll. 12-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sicurezza non è fissato alcun tetto massimo. Secondo i casi, ogni due o tre anni il tribunale decide sull'interruzione o proroga della misura valutando se lo scopo della stessa sia stato conseguito (paragrafo 42f). Ulteriore meccanismo che si introduce con questa legge e che interessa direttamente il principio di legalità è la retroattività delle misure di sicurezza e miglioramento. Un articolo che aggiunge al Codice penale il paragrafo 2a stabilisce, infatti, che per le misure vale la legge in vigore al momento della decisione, estendendo l'uso degli strumenti di controllo e repressione di cui, per suo tramite, il regime nazista si dota a una generalità di condotte quand'anche avessero preceduto la regolazione imposta dai nuovi governanti. Regolazione che appare ispirata al massimo rigore e, anche secondo i commenti che suscita in dottrina, punta a costruire un sistema chiuso in cui a ogni anomalia, infrazione o intemperanza segue una punizione calibrata sul minore o maggiore grado di difformità del singolo stile di vita dai canoni della diligenza e dell'ordine autoritario che si vanno imponendo.

Secondo Georg Dahm bisogna guardare alla legge del Novembre 1933 come a un vero baluardo nella difesa della comunità. Grazie alle sue prescrizioni, la maggiore mitezza nei confronti degli incapaci di intendere e volere viene bilanciata dall'istituzione di strutture di cura in cui costoro verranno collocati, mentre nel caso di « delinquenti abituali pericolosi », la cumulabilità di pena e misura di sicurezza risponde alla necessità di retribuire la colpa e arginare la pericolosità sociale muovendosi su un « doppio binario » (101). Considerazioni simili quelle di Hans Welzel, che osserva come il nuovo paragrafo 20 del Codice penale abbia una funzione distinta e complementare rispetto alle misure di sicurezza e miglioramento: queste guardano al futuro e alle possibili ricadute del reo, la modulazione della pena connessa all'abitualità delle infrazioni è commisurata, invece, alla necessità di punire la condotta secondo i differenti gradi di colpa che essa manifesta, sia che dipendano da cause naturali, sia che attestino un vizio del temperamento (102).

(101) Cfr. G. DAHM, *Deutsches Recht*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1944, pp. 422-423.

(102) Cfr. H. WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1944, p. 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La legge asseconda una mappatura dello spazio sociale che risponde alla dicotomia guerresca amico-nemico. Il ruolo del nemico, garante di un'identità che si consolida oppositivamente, è svolto da quanti, a vario titolo, non si possono considerare membri sani della comunità; perché ne violano le leggi, ne disattendono gli imperativi etici, ne turbano l'ordine, ne minacciano la salute. Quando il programma di purificazione razziale troverà, con le leggi di Norimberga del Settembre 1935, una solenne e articolata espressione, l'Ebreo, il non-ariano, il tedesco che calpestando l'onore della propria comunità si unisca a costoro, rappresenteranno altrettanti bersagli di una nuova stigmatizzazione, pericolosi untori da punire e isolare ogni qualvolta mettano a repentaglio la salute della comunità inquinandone il sangue, indebolendone la discendenza (103).

Non è difficile comprendere come, da queste premesse, si scivoli verso la comminazione della pena di morte ai delinquenti abituali introdotta nel Settembre 1941 da una legge che, secondo le parole di Franz Exner, prende atto del fatto che vi sono « personalità delle quali la comunità secondo il nostro sentimento etico non dovrebbe assolutamente più curarsi e che sono votate alla morte perché sono immeritevoli di essere parte in qualunque modo, sia pure come detenuti, della comunità » (104).

Ma non occorre aspettare gli anni della guerra per incontrare ragionamenti di questo tenore. Occupandosi proprio della legge del 24 Novembre 1933, pochi mesi dopo la sua entrata in vigore, Karl Siegert si chiede se abbia importanza o utilità per la parte sana e razzialmente pura della popolazione assistere i malati di mente che abbiano infranto la legge e che costituiscono una costante minaccia alla salute della discendenza. « La questione dell'annientamento della vita priva di valore — scrive — deve essere trattata oggi nel modo più onesto, poiché il singolo non ha alcuna prerogativa, alcun diritto all'esistenza o alla difesa attraverso la generalità, bensì va valutato nel suo significato di membro di questa comunità. Se però

(103) Sul trattamento penale delle condotte vietate dalla legislazione razziale si veda F. Gürtner, R. Freisler, *Das Neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, Berlin, Decker, 1936, pp. 43-49.

(104) F. Exner, *Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, Walter De Gruyter & Co., 1944, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un uomo divenuto contravventore della legge a causa della sua minorità mentale non ha assolutamente alcun valore per la generalità, lo Stato ha il diritto di eliminarlo » (105).

Accanto a questa legislazione che osserva i pericoli cui la comunità è esposta attraverso le tipologie umane che potrebbero suscitarli, nel corso del 1934 si procede a un significativo rafforzamento delle istituzioni repressive con la creazione, tramite una legge sul processo penale approvata il 24 Aprile, del Tribunale popolare (*Volksgerichtshof*). Questa struttura, i cui membri sono nominati per cinque anni dal Ministro della Giustizia, assorbe ogni competenza sui reati di tradimento, sugli attentati contro i vertici istituzionali del *Reich* e, in generale, sui fatti contemplati nella già citata « Ordinanza per la difesa del popolo e dello Stato » del 28 Febbraio 1933. Ma la sua azione si estende a una casistica quanto mai ampia nelle ipotesi di concorso di queste fattispecie con altre, perché la cognizione del Tribunale popolare attrae quella rimessa ad altre istanze. Nel decennio del suo funzionamento, esso commina un numero di condanne a morte la cui stima oscilla tra le sedici e le ventimila (106).

Nel suo primo anno di vita il regime nazista impone al sistema penale una brusca virata in senso autoritario. Sebbene questo avvenga attraverso l'uso di dispositivi che, come osserva Naucke, non hanno un carattere assolutamente inedito, è difficile non cogliere nella stretta sequenza di interventi di riforma un disegno che enfatizza, ben più che simbolicamente, il cambio di marcia politico e l'improcrastinabile necessità di adeguare gli ambiti più « sensibili » della legislazione alla nuova *Weltanschauung*. Per questa ragione, Georg Dahm può fare, già in uno scritto del 1935, una rassegna delle differenze tra il diritto penale nazista e quello fascista proprio partendo dalle rispettive cornici culturali.

Il fascismo pone lo Stato al centro del suo discorso, laddove per il nazismo lo Stato è un semplice mezzo per il perseguimento di uno scopo, la struttura formale tramite cui la comunità popolare, orga-

(105) K. SIEGERT, *Der Einfluß der Strafzwecke auf Schuld und Strafmaß*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », LIV, 1934, p. 425 e ID., *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, Mohr, 1934, pp. 74-75. Sul « successo » storico di queste e consimili tesi si vedano B. MÜLLER-HILL, *Scienza di morte*, Pisa, ETS, 1989 e M. TREGENZA, *Purificare e distruggere*, Verona, Ombre Corte, 2006.

(106) Cfr. E. COLLOTTI, *La Germania nazista*, Torino, Einaudi, 1962, p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nismo vivente che custodisce una medesima anima, trova una compiuta espressione. L'unità della comunità si gioca a un livello più profondo ed è determinata dalla coappartenenza etnico-razziale dei suoi membri. Qui si consuma la differenza tra il popolo e la nazione di cui parla il fascismo, poiché « mentre il popolo esprime un'unità della razza e del sangue, sulla quale riposa la comunità di spirito e di anima, la nazione è anzitutto un'unità storico-spirituale prodotta attraverso volontà e gesta storiche » (107). Pur tributando rispetto verso l'ideologia fascista, Dahm osserva come, dalle diverse premesse, discendano conseguenze per la legislazione assai differenti nei due regimi.

La sovranità statuale è preminente rispetto alla sovranità popolare nel fascismo, mentre la « mobilitazione totale » evocata negli scritti di Ernst Jünger va, secondo Dahm, riferita all'atteggiamento, al sentimento, e alla visione del mondo della comunità piuttosto che alle sue articolazioni istituzionali (108). Nel campo del diritto penale si ha una divaricazione dei due percorsi perché, se per il fascismo la legge è l'espressione dell'autorità statale e « così come non vi è nazione se non nello Stato, non vi è ordine giuridico fuori dalla legislazione statale », per il nazismo i più gravi reati sono l'infedeltà o il tradimento nei confronti della comunità ed essi non si lasciano semplicemente descrivere secondo il linguaggio delle norme scritte, ma la loro essenza va attinta attraverso un concetto di giustizia materiale che si radica sul patrimonio assiologico della comunità. « Il reato — scrive Dahm — non è un'infrazione contro la legge formale, bensì un attacco contro l'ordinamento basilare del popolo tedesco, contro l'ordine etico del popolo e la più intima legge della comunità » (109). Al principio *nullum crimen sine lege* il diritto fascista consegna l'espressione dell'autorità dello Stato che si impone nella forza e solennità della legge ma la stessa condizione non vale per il diritto nazista. Per questo, la vita e la sicurezza della comunità vanno difese da ogni atto ostile, quand'anche esso non assuma la forma tipica di un illecito, ma valga, comunque, a segnalare la disposizione

(107) G. Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, p. 7.

(108) Ivi, p. 10.

(109) Ivi, pp. 14-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del singolo alla disobbedienza, al tradimento, a una condotta che disonori la comunità e, per la quale, costui contemporaneamente se ne autoestromette (110).

Tali principi trovano applicazione nella legge del 28 Giugno 1935 che modifica il paragrafo 2 del Codice penale. Il testo modificato dispone che: « Viene punito chi commette un'azione che la legge dichiara espressamente punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Qualora nessuna precisa disposizione trovi immediata applicazione all'azione, l'azione sarà punita secondo la legge il cui pensiero fondamentale le si attagli nel modo migliore ». Questa disposizione garantisce il superamento formale del principio di legalità attraverso la soppressione del divieto di analogia e il radicamento della punibilità della condotta nella sua contrarietà alla coscienza popolare quale fonte primigenia dei più autentici valori della comunità. Naturalmente, l'esigenza di concretizzare una nozione tanto suggestiva quanto indefinita, si risolve nel far dipendere la scelta del giudice da criteri squisitamente politici, poiché siffatte « categorie giuridiche possono avere un senso solo se interpretate alla luce della volontà politica del regime » (111).

Sebbene, come riferisce Nuvolone, tale riforma fosse stata generalmente accolta, fuori dalla Germania, « con un senso di vivo stupore e di aperta condanna » (112), la dottrina tedesca rivendica la sua piena conformità a un ideale di giustizia che reclama la punizione di più comportamenti simili ed ugualmente dannosi per la comunità anche quando la legge abbia censurato espressamente le modalità del manifestarsi di uno solo di essi. « La difesa penale

(110) Ivi, pp. 16-19.

(111) G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), Bologna, Il Mulino, 1978, p. 295. Nello stesso senso, O. KIRCHHEIMER, *Criminal law in National-Socialist Germany* in « Studies in philosophy and social science », VIII, 1939-40, p. 448 e H. L. SCHREIBER, *Die Strafgesetzgebung im « Dritten Reich »*, in *Recht und Justiz im « Dritten Reich »*, a cura di R. Dreier e W. Sellert, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, p. 162.

(112) P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico* (1938), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, Cedam, 1969, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'illecito — scrive Freisler — non può inciampare sull'abilità inventiva dei nemici del popolo » (113).

In apertura del congresso penale internazionale tenutosi a Berlino pochi mesi prima della riforma, il Ministro della Giustizia Gürtner formulava i propositi che avrebbero condotto a questa innovazione nel modo seguente: « Una legislazione che si contenti di punire colui che trasgredisca solo una prescrizione penale che sia consacrata per iscritto in un testo di legge non può, a nostro avviso, raggiungere che in modo del tutto relativo l'obiettivo della giustizia: essa costringe il giudice ad abdicare ogni volta che il legislatore ha lasciato una lacuna nel suo testo […] la vera giustizia esige che l'atto meritevole di punizione non sfugga al castigo per la sola ragione che il testo della legge è elaborato in maniera incompleta » (114).

Intorno a ogni prescrizione penale viene, così, a crearsi una « zona di pericolo » (115) che consente alla magistratura e alla polizia di perseguire tutti quegli atti che, pur non essendo dirette infrazioni della legge, ne violano lo spirito e appaiono « moralmente riprovevoli e sconvenienti » (116). Dopo il 28 Giugno la dottrina tedesca si divide sull'espressione « pensiero fondamentale della legge » chiedendosi se essa debba valere come via di accesso all'*analogia iuris* oltre che all'*analogia legis*; potendo essere, nel primo caso, paradossalmente compresso il *Führerprinzip*, cioè la facoltà rimessa al dittatore in quanto titolare supremo della sovranità di stabilire al di là di qualsivoglia principio ricavabile dal diritto positivo come la magistratura dovesse orientarsi (117). D'altra parte, per quanto Gürtner nella sua relazione a Berlino preconizzasse questa configurazione piramidale del sistema delle fonti rispetto al *Machtspruch* hitleriano come ciò che avrebbe saldamente guidato giudici e funzionari poiché « è il *Führer* che dà la forma, che assegna il fine ed imprime

(113) R. Freisler, *Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers?*, *Fesselung des Verbrechers oder des Richters?*, Berlin, Decker, 1935, p. 13.

(114) F. Gürtner, *L'idea di giustizia e la rinascita del diritto penale tedesco*, in « Rivista di Diritto Penitenziario », VI, 1935, pp. 1190-1191.

(115) Ivi, p. 1192.

(116) *Ibidem*.

(117) Offre una panoramica delle diverse posizioni P. Nuvolone, *La riforma del §2 del Codice penale germanico*, cit., pp. 19-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la direzione alla volontà generale » (118), in sede applicativa sarebbero rapidamente emersi una serie di problemi (119).

A uno sguardo obiettivo essi non possono che apparire come l'inevitabile approdo di un processo la cui unica *ratio* è una politica liberticida e repressiva e che, in termini pratici, si concretizza nel caotico tentativo di far passare dentro le maglie delle stesse leggi fattispecie affatto differenti.

Se a questo scenario si aggiunge l'estensione dei poteri della polizia e l'invio sempre più massiccio nei campi di lavoro di dissidenti politici, omosessuali, « asociali » che, sul finire degli anni trenta, vi giungono a decine di migliaia (120), risulta pienamente comprensibile l'affermazione di Franz Neumann secondo cui un giurista può solo provare sconcerto di fronte a « un sistema giuridico volto esclusivamente a terrorizzare la gente » (121).

4. *Confronti dottrinali.*

Ma in virtù dell'intensificarsi delle relazioni tra i regimi fascista e nazista, proprio alla fine degli anni trenta, anche le occasioni di confronto tra giuristi dei due versanti crescono sensibilmente.

Nell'Ottobre 1938 si tiene a Roma il primo Congresso Internazionale di Criminologia che registra una larghissima partecipazione di studiosi e nel corso del quale, il già menzionato Roland Freisler e Giovanni Novelli, capo dell'amministrazione penitenziaria italiana e organizzatore dell'incontro, si confrontano sul tema delle misure di sicurezza (122).

La relazione di Novelli sottolinea trionfalisticamente i successi

---

(118) GÜRTNER, *L'idea di giustizia e la rinascita del diritto penale* tedesco, cit., p. 1195.

(119) Cfr. W. MITTERMAJER, *La giurisprudenza tedesca in tema di analogia*, in « La Giustizia Penale », XLIV, 1938, coll. 33-47.

(120) Cfr. R. HILBERG, *La distruzione degli Ebrei d'Europa*, Torino, Einaudi, 1999, vol. II, pp. 976-982.

(121) NEUMANN, *Behemoth*, cit., p. 479. Sulla « legittimazione giuridica » del terrore si veda anche W. REINHARDT, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 572-577.

(122) Le due relazioni appaiono sin da subito tra le più importanti presentate. Cfr. B. DI TULLIO, *Antropologia criminale*, Roma, Pozzi, 1940, p. 474.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del regime nel campo dell'esecuzione penale e descrive il lavoro fatto per rendere effettiva la funzione delle misure come un percorso che mirava a fare della detenzione « un mezzo per il successo dell'opera di rieducazione e di cura » (123). Si trattava, dunque, di creare degli stabilimenti appositi, distinti da quelli previsti per l'espiazione delle pene, che riducessero al minimo gli elementi di afflittività; di usare la scuola, la religione, e il lavoro come altrettante leve per favorire il formarsi di un atteggiamento docile e collaborativo da parte degli internati; di dotarsi di parametri sicuri su cui misurare la cessazione dello stato di pericolosità, condizione per la revoca della misura; infine, si trattava di capire quanti tra gli internati non fossero comunque recuperabili. Tra costoro, secondo Novelli, vi sono « delinquenti abituali o professionali o per tendenza [...] detriti fisici e sociali per i quali nessuna attività di rieducazione è più possibile » (124). In questo caso, secondo una convergenza tra misure *ante* e *post delictum* analoga a quella prospettata da Petrocelli nel suo saggio sulla pericolosità, si sarebbe dovuto usare il confino di polizia. « Dimostrata la non-riadattabilità dei soggetti — scrive Novelli — cessa la ragione di essere delle misure di sicurezza [...] resta a provvedere solo alla eliminazione di tali soggetti dalla vita sociale perché non possano nuocere » (125).

In forza del diverso peso riconosciuto alla diagnosi biologica e all'ereditarietà delle tare del comportamento, quella che nella relazione italiana appare una soluzione, comunque, residuale, secondo Freisler si presenta come il rimedio contro una vasta schiera di soggetti incorreggibili: i delinquenti abituali pericolosi. È la biologia ad attestare che per costoro le pene non bastano ma devono intervenire delle misure di sicurezza e miglioramento. Ma più importante che il recupero dei singoli, sembra essere il benessere della collettività: « A tutte queste misure è comune il compito di proteggere il popolo da pericoli » (126). Passando in rassegna i diversi tipi

(123) G. Novelli, *Teoria e pratica delle misure di sicurezza in Italia*, in *Atti del primo congresso internazionale di criminologia*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1939, vol. I, p. 212.

(124) Ivi, p. 216.

(125) *Ibidem*.

(126) R. Freisler, *L'esperimento delle misure di sicurezza in Germania*, in *Atti del primo congresso internazionale di criminologia*, cit., p. 187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di misure, Freisler osserva come, in effetti, solo gli stabilimenti per bevitori producano un sensibile decremento dei casi di recidiva, restando in ogni altro caso il prolungamento *sine die* della misura l'unica garanzia di protezione della comunità. Per quel che riguarda i vagabondi e i mendicanti internati in case di lavoro « c'è da calcolare — scrive Freisler — che il loro numero aumenterà giacché la Germania ha bisogno di tutte le sue forze » (127) e chi torna all'inattività dopo il primo internamento va ricondotto al lavoro forzato, « se occorre per tutta la vita » (128). Più duro ancora il destino dei delinquenti abituali pericolosi sottoposti a custodia di sicurezza. Costoro, una volta relegati per il bene della società, vanno trattati senza troppi riguardi. Individui antisociali, essi verranno quasi sempre rieducati invano perché la loro disposizione a commettere gravi reati « deriva da caratteri ereditari difficilmente o per nulla influenzabili » (129). A tal proposito, Freisler è affatto esplicito nel dire che la zavorra inutile va eliminata per sempre (130). Ma poiché tale « zavorra » va classificata secondo parametri bio-medici, « per un assorbimento sempre più completo di questo materiale pericoloso, giuristi e biologi devono senza sosta lavorare, non solo al fine di impedire altri danni [...] ma anche a protezione della nostra razza » (131) .

Riallacciandosi a ragionamenti di questo tenore, Filippo Grispigni si domanda se per il diritto penale tedesco termini come compensazione, colpa, retribuzione abbiano qualche significato. In un campo concettuale in cui la genesi del crimine si ricollega a matrici familiari ed ereditarie, non resta modo per rimproverare colpe al singolo, per fargli scontare l'effetto di scelte autonome e consapevoli. « Se tra i caratteri psichici di una razza vi è la tendenza alla frode, quando una persona appartenente a questa razza commette una truffa, che cosa le si farà « espiare » colla pena, i caratteri razziali consolidatisi e trasmessi attraverso i secoli? » (132).

---

(127) Ivi, p. 191.
(128) Ivi, p. 192.
(129) *Ibidem*.
(130) Ivi, p. 197.
(131) Ivi, pp. 197-198.
(132) F. GRISPIGNI, *Espiazione e difesa nel nuovo Codice penale germanico*, in F. GRISPIGNI, E. MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo stesso vale con riferimento alla sterilizzazione di delinquenti e degenerati allo scopo di impedire che essi possano procreare altri individui portatori di caratteristiche altrettanto esiziali per la comunità e all'evirazione dei delinquenti sessuali pericolosi, inibizione organica di quelle alterazioni del temperamento che preludono a comportamenti violenti. Un ulteriore argomento che obbliga a vedere nel diritto penale tedesco un sistema ispirato alla logica della difesa è che, tradizionalmente, per i seguaci della scuola classica, sostenitori del libero arbitrio e della pena retributiva, ogni *deficit* che avesse compromesso l'autodeterminazione del singolo si sarebbe dovuto considerare causa di esclusione o di sensibile diminuzione della pena. Cosa che, a giudizio di Grispigni, e nonostante il testo del paragrafo 51 del Codice penale tedesco richiamasse tale eventualità, in Germania non avveniva (133). Alle tesi di Grispigni, pubblicate nel 1940 su riviste giuridiche italiane e tedesche, risponde Edmund Mezger. Questi osserva che il diritto penale tedesco riconosce due criteri di reazione rispetto al compimento di atti penalmente illeciti. Un primo criterio di ordine retributivo che guarda alla « restaurazione della responsabilità del singolo di fronte alla comunità » e un secondo ispirato alla difesa che persegue « la separazione da questa delle parti dannose al popolo e alla razza » (134). In altri termini, niente viene escluso: le determinanti causali della condotta trovano una replica nelle misure della legge del Novembre 1933 e, più in generale, nell'insieme di provvedimenti di profilassi eugenetica e razziale; ma, accanto a questi meccanismi, il sistema accoglie anche una nozione di pena-retribuzione fondata sulla libertà personale dell'agente che va stigmatizzato rispetto al disvalore etico della sua condotta. I due punti di vista « non esigono alcuna attuazione unilateralmente dottrinale » (135). Successivamente, Grispigni, ribadirà che l'unica accezione nella quale egli ritiene si possa usare il termine « retribuzione » nel sistema tedesco è un'accezione « giuridico-sociale » nel senso che « ognuno deve avere nella comunità sociale uno *status giuridico*, secondo i pregi e i difetti della propria

(133) Ivi, pp. 18-19.

(134) MEZGER, *Retribuzione e difesa nel nuovo codice penale germanico*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit., p. 37.

(135) Ivi, p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personalità, anche se questi pregi o difetti siano da riportarsi ad influenze ereditarie od ambientali, anziché a merito o colpa morale del soggetto » (136).

In quanto « dottrina essenzialmente biologica » (137), il nazismo offre un modello nel quale un positivista convinto non esita a riconoscersi, segnalandone l'esemplarità per il sistema italiano. Nell'utilizzare le tesi di autori come Frank o Freisler, del quale Grispigni ricorda il commento all'inasprimento del diritto penale della gioventù tedesco come correlato di una visione genetico-determinista della devianza (138), non va sottovalutato l'intento di perorare una certa concezione teorica, convalidata non senza qualche forzatura ermeneutica dal riferimento alla prassi politico-criminale di un paese alleato e ideologicamente affine, all'interno del dibattito dottrinale italiano dove, come si è visto, non erano mancate schermaglie tra deterministi e retribuzionisti.

A favore di quest'ultimo versante possono ascriversi le tesi di Giuseppe Maggiore, esposte in un celebre scritto pubblicato sulla « Rivista italiana di diritto penale » nel 1939, un anno prima dello scambio tra Grispigni e Mezger: *Il diritto penale totalitario nello Stato totalitario*.

Maggiore sottolinea la necessità che alla rivoluzione politica imposta dal fascismo segua una rivoluzione dogmatica, un profondo cambio di passo della scienza giuridica che renda il suo prodotto adatto ai tempi. « Siamo dunque in un'epoca politica. Non vogliamo dire che non ci sia perciò più posto per i giuristi ma essi hanno l'obbligo di divenire più politici [...] più politica e meno dogmatica » (139). Questo vuol dire adeguare i fini del diritto ai nuovi fini della politica, segnatamente « l'educazione fisica e morale e l'epurazione della razza » (140). Ma significa, altresì, ricordare che il diritto è l'espressione della maestà dello Stato ed ogni infrazione, ogni

(136) GRISPIGNI, *I principi fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit., p. 44.

(137) Ivi, p. 66.

(138) Cfr. GRISPIGNI, *Sul diritto penale della gioventù in Germania*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit. pp. 80-81.

(139) G. MAGGIORE, *Il diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista Italiana di Diritto Penale », XI, 1939, p. 148.

(140) Ivi, p. 145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condotta legalmente riprovevole è anche un'offesa all'onore della Nazione, un intollerabile atto di disobbedienza.

Maggiore rifiuta la teoria della difesa perché essa rischia di collocare Stato e individuo su un piano di inammissibile parità: « Lo Stato si difende con la guerra dalle aggressioni di uno Stato nemico. Ma è ridicolo parlare di una guerra dello Stato contro l'individuo delinquente, che sta con lui in rapporti di assoluta subordinazione » (141).

Ma nel tentativo di conciliare il carattere retributivo della punizione con l'auspicata soppressione del principio dogmatico *nullum crimen sine lege*, retaggio di una visione individualista divenuto un baluardo per facinorosi e malintenzionati, egli allude proprio alla necessità che l'ordinamento risponda al delitto anche quando esso non sia contemplato da alcuna legge scritta ma possa, analogamente a quanto avviene in Germania dopo la riforma del '35, essere perseguito in base alla sua contrarietà al sano sentimento popolare: « Dato che un fatto nuovo si produca, il quale sia sostanzialmente ma non formalmente reato […] lo Stato liberale se ne starà inoperoso […] lo Stato totalitario comanderà ai suoi giudici di punire creando essi la norma mancante » (142).

Ma poiché, d'altra parte, il *lumen* etico di queste operazioni giurisprudenziali sarà la coscienza popolare quale essa si manifesta nella parola del Duce e poiché, a sua volta, essa non è che la voce « dello spirito della nazione e della razza » (143), è difficile non vedere nel diritto penale agognato da Maggiore un ponte verso i peggiori approdi delle teorie biologico-securitarie del nazismo.

Di certo, esso sollecita commenti e prese di posizione, tendenzialmente favorevoli in Germania (144), non sempre discordanti in Italia. Qui, in particolare, alle tesi di un Manzini, che vede nel superamento del principio *nullum crimen sine lege* l'abbandono di

(141) Ivi, p. 154.

(142) Ivi, pp. 158-159.

(143) Ivi, p. 160.

(144) Cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenshaft*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », LIX, 1940, pp. 531-533.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« un cardine della civiltà romana e cristiana » (145) ed auspica che esso non resti che un'ipotesi, fanno da controcanto le argomentazioni di Antolisei, ben più consentanee al clima politico del momento ed alle più severe scelte di politica criminale.

Nei *Problemi penali odierni*, pubblicati nel 1940, Antolisei (tra l'altro condirettore della rivista che ospita il summenzionato « manifesto » di Maggiore) esprime il proposito di andare contro ogni formalismo ed astrattezza e osserva che il diritto penale non può avere solo uno scopo conservativo ma deve spingere la compagine sociale verso il progresso. Condizione per il raggiungimento del quale è che non ci si attardi nelle visioni individualistiche che vogliono la tutela penale ancorata al vecchio concetto di bene giuridico, ma che si consideri la norma come il veicolo di una volontà, quella del legislatore, che opera sempre in vista di un fine, quand'anche essa non si presenti nella forma della protezione di un bene particolare: « la norma penale [...] adempie sempre una funzione: essendo assurdo pensare che il legislatore si induca a emanare divieti o comandi per semplice capriccio » (146). Dunque, largo spazio ai reati di pura disobbedienza, affatto opportuni nel clima politico di uno Stato autoritario « il quale esige dai sudditi nel modo più rigoroso obbedienza e fedeltà » (147) e largo ricorso anche a strumenti presenti nel Codice come la capacità a delinquere, che consentono di colpire la « criminalità virtuale » (148) nel segno di una subbiettivazione della prospettiva, che è uno dei tratti della cultura giuspenalistica corrente.

Ma ai fini del bene e della prosperità della comunità, Antolisei plaude a una serie di scelte di incriminazione che traducono l'indirizzo etico che il legislatore fascista intende imprimere alla vita collettiva: « le norme che sanciscono i divieti della propaganda di certe idealità politiche o sociali, della costituzione di determinate associazioni, pure politiche, dello sciopero o della serrata, del pub-

(145) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1941, vol. I, pp. 196-197.

(146) F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 95.

(147) Ivi, p. 84.

(148) Ivi, p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico incitamento a pratiche anti-procrative, dei cosiddetti matrimoni misti » (149).

Incriminazioni che, solo grazie a una certa idea di progresso, per dirlo con le parole di Antolisei, sono presenti in alcune legislazioni e non in altre, in cui lo Stato appare meno sollecito quanto all'avvenire dei propri cittadini.

Di fronte a simili tesi, un autore come Petrocelli, apprezzato da Maggiore per il saggio sulla pericolosità, tiene una posizione guardinga. Nella famosa prolusione napoletana del '41, egli raccoglie l'invito di Antolisei a uno scambio più serrato tra scienza e pratica (150), contesta che alla dogmatica giuridica possa rimproverarsi un agnosticismo politico (151)ma, giunto al punto dei rapporti tra politica e diritto penale, si limita a osservare come il mantenimento del principio *nullum crimen sine lege* nell'ordinamento italiano, lungi dall'essere una sopravvivenza liberale, fosse una delle basi dell'autoritarismo: « Posto come principio supremo l'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza » (152).

Forse trascurando di considerare sia che l'espressione di tale potenza avrebbe potuto, fermo il principio di legalità, investire obiettivi del tutto eterogenei sulla base dei più vari criteri politici, come ricordato da Antolisei; ma anche che se il principio di legalità non era, in fondo, altro che il veicolo della forza del regime e, dunque, aveva rispetto ad essa una funzione strumentale, niente avrebbe dovuto escludere una sua dismissione se ciò avesse potuto comportare un incremento della forza medesima. La dogmatica come « scienza eminentemente logica » (153) si mostra qui come una « rigida armatura » (154), una protezione tramite cui Petrocelli e altri

(149) Ivi, p. 80.

(150) Cfr. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, Padova, Cedam, 1941, p. 5.

(151) Ivi, p. 11.

(152) Ivi, p. 20.

(153) Ivi, p. 26.

(154) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. p. 260. Sensibile all'articolazione del confronto tra dogmatica e politica e ai suoi esiti sul piano, soprattutto, del processo penale si mostra A. DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hanno potuto fingere di « non vedere che cosa il fascismo stava facendo all'ordine penale italiano » (155).

Sebbene, ove si convenga che il primo e più decisivo *vulnus* inferto al principio di legalità consiste nel punire qualcuno per ciò che egli è e non per ciò che fa (156), nel sostituire la repressione dei soggetti dannosi o pericolosi a quella dei comportamenti che hanno siffatte caratteristiche, la penalistica italiana ha navigato dalla legalità alla pericolosità, ben prima dell'abbraccio fatale tra nazismo e fascismo. Muovendo verso una direzione che si sarebbe potuta, più incisivamente di quanto non sia avvenuto, lasciar attrarre nell'orbita della biopolitica e della stigmatizzazione razziale degli individui, ma che, comunque, aveva già raggiunto lo stadio di un ordine fondato sulla persecuzione ed esclusione dei dissidenti, dei diversi, dei sospetti.

Ammettendo questo, si potrebbe asserire che l'incapacità di guardarsi intorno o l'indisponibilità a farlo risale già ai primi anni del regime e, forse, per alcuni studiosi intimamente consapevoli di questo, la possibilità di additare il sistema penale nazista come la sede di discutibili commistioni tra politica e diritto, sarebbe servita a proiettare all'esterno le ombre che già da un po' si allungavano nel cortile di casa.

(1941), in Id., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1951, pp. 71-102.

(155) SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit. p. 849.

(156) Su cui, recentemente, L. FERRAJOLI, *Il « diritto penale del nemico » e la dissoluzione del diritto penale*, in « Questione Giustizia », XXVI, 2006, pp. 804-805.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano