

ISBN 978-88-6056-593-8

Stampato nel mese di ottobre 2018

©2018 **eum edizioni università di macerata**

Centro Direzionale, Via Carducci snc - 62100 Macerata

info.eum@unimc.it

<http://eum.unimc.it>

IMPAGINAZIONE E GRAFICA

Chiara Crucianelli

Ufficio Comunicazione e Relazioni Esterne

/ UNIVERSITÀ DI MACERATA

Palazzo Romani Adami, Via Crescimbeni, 30/32 - 62100 Macerata (MC)

ufficio.comunicazione@unimc.it

www.unimc.it

Stampato nel mese di ottobre 2018

Tipografia San Giuseppe

Via Vecchietti, 51 - 62010 Pollenza (MC)

info@tipografiasan giuseppe.it

Conferimento della
Laurea *honoris causa*
in Giurisprudenza a

THOMAS VORMBAUM

24 ottobre 2018

AUDITORIUM UNIMC

VIA P. MATTEO RICCI, 2

MACERATA



Luigi Lacché

PROFESSORE ORDINARIO

Storia del diritto medievale
e moderno

DIPARTIMENTO DI

Giurisprudenza



Carlo Piergallini

PROFESSORE ORDINARIO

Diritto penale

DIPARTIMENTO DI

Giurisprudenza

Luigi Lacché, Carlo Piergallini

Magnifico Rettore

Autorità

Cari Colleghi e Studenti

Signore e Signori

1. Elementi per una breve biografia intellettuale

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

Ha tenuto corsi e conferenze in molte Università d'Italia e di altri paesi. Con più di cinquecento pubblicazioni all'attivo, tradotto in varie lingue (italiano, inglese, spagnolo, portoghese, giapponese), il penalista tedesco ha coltivato tutti i generi letterari e ha fatto del suo Istituto di Hagen¹ uno dei poli internazionali di eccellenza nel campo del diritto penale, della storia del diritto penale contemporaneo, della giustizia, della teoria e della comparazione giuridica.

È compito tutt'altro che facile, quindi, dare appena conto della ricchezza tematica e della varietà dell'opera del nostro Candidato. Ma prima di selezionare e proporvi alcuni aspetti fondamentali della sua specifica attività di ricerca, non si può prescindere, a nostro avviso, da due profili che meritano di essere subito evidenziati. Vormbaum non è solo l'eminento studioso che conosciamo. Egli è stato ed è - ora come attivissimo "pensionato" - anche uno straordinario e instancabile organizzatore di cultura e promotore di infinite attività scientifiche collettive. Basti pensare alla direzione e al coordinamento, nel corso del tempo, di innumerevoli serie editoriali e riviste scientifiche pubblicate presso alcuni dei più importanti editori di area tedesca². La generosità scientifica e umana del prof. Vormbaum è un tratto fondamentale che rivela una rara apertura intellettuale e una formidabile curiosità. Sono almeno settanta i giovani studiosi che Vormbaum ha supervisionato nei loro percorsi di dottorato o verso l'abilitazione. Ma c'è anche un altro aspetto che merita di essere qui segnalato. Ci si riferisce all'incredibile impegno profuso

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

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

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

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

Tutto ciò è già sorprendente. Ma chi ci ascolta deve conoscere un altro aspetto che, pur travalicando l'opera del giurista, è addirittura stupefacente. Lo deve conoscere anche perché il nostro è un Ateneo a forte *trazione umanistica* e Vormbaum è il modello perfetto di giurista *umanista*. Ebbene, il prof. Vormbaum è anche il traduttore moderno in tedesco del nostro Sómmo Poeta, Dante Alighieri. Sue sono le più recenti traduzioni tedesche della *Divina Commedia* (2003-2005), della *Vita Nova* (2007), del *De vulgari eloquentia* (2009), del *De Monarchia* (2010), delle *Rime* (2014) per non dire di traduzioni che vanno da Tasso a Foscolo, da Manzoni a Leopardi, sino a Carducci e Sciascia. Per le sue edizioni dantesche ha ricevuto nel 2016 dalla *Freie Universität di Berlino* il prestigioso premio Jürgen-Prölls. I legami tra diritto, giustizia e letteratura offrono una chiave di lettura molto cara a Vormbaum che coltiva da tempo questo tipo di analisi con ricerche personali e con importanti traduzioni³.

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

2. Thomas Vormbaum storico del diritto penale contemporaneo

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

La vocazione di Vormbaum per la penalistica si consolida poco a poco ed emerge nei primi anni '80⁴ e in sede di abilitazione. Nel decennio precedente aveva già pubblicato alcuni importanti studi di storia giuridica contemporanea legati alla codificazione civile (il famoso BGB del 1900) e ad alcune grandi questioni sociali e politiche⁵. Le prime monografie sulla tutela

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

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

del giudizio penale (1987), sul cd. decreto Emminger che nel 1924 sopprime i tribunali con giuria (1988), sul tema del giuramento e dello spergiuro (1990)⁶ definiscono i primi contorni dell'approccio metodologico che svilupperà nel corso degli anni. Nel 1993 Vormbaum pubblica un'ampia raccolta di testi sulle teorie penali moderne⁷ e affronta un tema destinato ad essere centrale nel suo lavoro. In un volume curato da Michael Stolleis, il Nostro riflette sul concetto di *juristische Zeitgeschichte*⁸, - storia giuridica contemporanea - che ora declina soprattutto nell'ambito penalistico. Seguendo il punto di vista "oggettivo" che privilegia le grandi strutture storiche, l'autore mette a fuoco la dimensione dell'epoca attuale (*gegenwärtige Epoche*) vista - per riprendere il concetto elaborato da Reinhart Koselleck - come "età-sella" (*Sattelzeit*) o "età-cerniera" nella quale si accumulano processi che portano a una nuova "situazione" storica⁹. La storia contemporanea del diritto penale non può più limitarsi ad essere "storia dei dogmi" ma deve "aprirsi alle implicazioni sociali e politiche del diritto ed inquadarsi nel relativo contesto sociale e storico-generale"¹⁰. Essa non perde la propria specificità, ma al tempo stesso diventa più consapevole delle innumerevoli dimensioni della storia generale.

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

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

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

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

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

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

È la feconda stagione dell'Illuminismo a rappresentare il solido punto di avvio. Nel lavoro di Vormbaum scorgiamo sempre un approccio storico-critico capace di leggere la complessità dialettica di ogni movimento. Il lato positivo della medaglia nasconde sempre delle ombre o dei potenziali pericoli. Il grande programma liberatorio dell'Illuminismo penale veicola secolarizzazione e individualizzazione ma il razionalismo utilitaristico apre alcune crepe sul piano dell'umanizzazione della pena. Lo straordinario valore fondativo delle teorie di Immanuel Kant e Paul Johann Anselm Feuerbach che, pur con obiettivi diversi, incardinano il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e la teoria della violazione del diritto nel processo di formazione dello Stato di diritto trova nel concetto di bene, introdotto nel 1834 dal penalista Johann Michael Franz Birnbaum¹¹ – e successivamente rivisto da Karl Binding in termini di "bene giuridico" – un'oggettiva istanza di espansione del diritto penale.

Le ambivalenze e le contraddizioni del modello liberale segnarono così il XIX secolo e, secondo Vormbaum, trovarono in Franz von Liszt¹² e nella sua teoria dello scopo anche un potenziale cavallo di Troia per lo sviluppo di una visione "strumentale" del diritto penale nel nuovo contesto di affermazione delle scienze empiriche e del positivismo. Le tre funzioni della pena richiamate da von Liszt – rieducazione, intimidazione e neutralizzazione – aprirono la strada alla categorizzazione della figura del "delinquente", facendo emergere definitivamente il problema della personalità dell'autore e del suo "atteggiamento interiore" (*Gesinnung*). Nel suo fitto dialogo con la tradizione della penalistica tedesca¹³, Vormbaum discute criticamente anche le posizioni di una figura centrale del Novecento, ovvero di Gustav Radbruch, al-

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

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

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

lievo di von Liszt: il "legislatore" degli anni Venti¹⁴ e il giurista della famosa "formula"¹⁵ che nel dopoguerra – di fronte agli orrori del nazismo e ai suoi effetti – riscopre il diritto naturale e la giustizia come "antidoti" contro il "diritto ingiusto" e il "non diritto". Il tema della "giustizia" e della sua totale distruzione è imprescindibile per comprendere da un lato la portata del diritto penale nazionalsocialista – ma in un percorso di più lungo periodo – sino all'abominio dei campi di sterminio. Tuttavia, il tema della "catastrofe" e della sua "eccezionalità" rischia di essere fuorviante per Vormbaum se non lo si collega al tema della responsabilità operativa dei giuristi e dei giudici e con il drammatico problema dell'elaborazione del passato¹⁶.

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

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

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

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

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

ca di una scienza penale limitativa, visto che soltanto questa rende possibile di pensare al concetto di un diritto penale liberale". "Il diritto penale, osserva l'autore, proprio perché diritto, ha il compito principale di delimitare quella domanda di pena proveniente dalla società e dalla politica"¹⁷. Trovandoci nell'Università di Macerata non può non venire in mente un concetto e una categoria storiografica coniata dal nostro Mario Sbriccoli – mi riferisco alla sua "penalistica civile" – che Vormbaum apprezza al punto da aver promosso la traduzione postuma in tedesco del saggio omonimo¹⁸. La penalistica di Vormbaum rivela una forte valenza "costituzionale" che, restando nella panorama italiano, lo avvicina al grande Francesco Carrara¹⁹, almeno nella dimensione più genuinamente liberale del XIX secolo. All'opposto ci sono il diritto penale del nemico²⁰, il diritto penale autoritario e le estremizzazioni punitive nella sfera politica, sociale ed economica.

Nel suo magistero e nella sua instancabile attività di ricerca Vormbaum ha ricoperto almeno due ruoli fondamentali. L'uno – già richiamato – di mediatore e di tramite tra la cultura penalistica tedesca e quella italiana²¹. Per certi

versi, almeno da questo punto di vista, ho sempre pensato a Thomas come al Mittermaier del XX secolo²², il penalista tedesco, a lungo collaboratore di Feuerbach, che, come nessun altro, nella prima metà del XIX secolo, ha messo in relazione le due culture attraverso opere, riviste, traduzioni e la sua enorme corrispondenza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La dottrina di Thomas Vormbaum

Se dall'"anima" storica si transita a quella di Vormbaum studioso del diritto penale, non si fa fatica a cogliere che essa tramanda, con non comune nitore, i fondamenti di una *dottrina* fortemente 'caratterizzata', solcata da un appassionato e vibrante richiamo ai *limiti del potere punitivo*. Al cospetto del "diritto penale", per come si è sviluppato nella storia, Vormbaum mostra un interesse privilegiato per la parola "*diritto*", da intendersi come studio di quali siano i limiti al suo esercizio, di quali possano essere, cioè, le azioni che si possono legittimamente sanzionare con la pena. È vero che, per quanto concettualmente diversi, il problema della giustificazione della pena e il problema della individuazione dei caratteri del reato, dell'azione punibile, sono fra loro strettamente connessi, ma, secondo Vormbaum, non ha senso porsi il problema dello scopo da attribuire alla pena, se, *prima ancora*, non si è stabilito quando una data azione sia legittimamente punibile. Riecheggia il motto di Carrara, allorché avvertiva che "la sanzione [...] ha la sua legittimazione spontanea dalla legittimità del divieto"²⁴. È questo il filo conduttore dei Suoi studi e, per scrutarlo, nell'impossibilità, in questa sede, di percorrere trasversalmente le Sue opere, ci si limiterà a richiamare alcuni saggi, segnatamente: gli studi sul *diritto penale totalitario*, con riguardo all'immane tragedia *nazionalsocialista*²⁵ e quelli sull'*espansione del diritto penale* in rapporto alla "*frammentarietà*" che dovrebbe 'marcare' la natura e lo scopo²⁶. Una scelta, questa, che può apparire contraddittoria, vista la 'distanza' che separa questi argomenti. Eppure, con gli occhi del dommatico, attento alla struttura e alla

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

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

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

funzione delle componenti della sistemica del reato (il tipo, l'antigiuridicità, la colpevolezza), Vormbaum riversa ancora una volta un vigoroso appello ai *principi fondativi del diritto penale*, per come tracciati dall'illuminismo, e riletta in una sapiente, originale e accalorata prospettiva che definirei "*neoliberalista*", attenta ai "limiti" (di legittimazione) del potere punitivo²⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dibattito sui suoi 'marcatori':
Chi parla non è chiamato a prendere posizione, soprattutto perché non ne sarebbe capace. Mi preme solo abbozzare due spunti di riflessione.

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

La seconda riflessione è di natura politica. Il diritto penale è storicamente provvisto di una matrice autoritaria, che si traduce nel suo essere monopolista nell'uso della forza. Questa ineliminabile cifra autoritaria viene limitata, contemperata dal paradigma democratico²⁹. Questo contemperamento, nei sistemi liberaldemocratici, apre il campo ad una relazione di natura dialettica tra autorità ed individuo³⁰. La matrice democratica esercita il ruolo su

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

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

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

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

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

5. Depenalizzazione e frammentarietà del diritto penale

La depenalizzazione e la crisi della frammentarietà penale sono temi ricorrenti del dibattito penalistico all'interno dei suoi tre formanti (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale). Si tratta di argomenti ricchi di suggestioni, di contraddizioni, di andamenti sinusoidali, fatalmente condizionati dai labili umori delle società post-moderne, che riversano la dialettica, variamente motivata, tra espansione e contenimento del sistema penale. Vormbaum intravede, nella legislazione degli ultimi cento anni, la tendenza a *deformalizzare, flessibilizzare ed espandere* il diritto penale, accompagnata da quella a *funzionalizzare, moralizzare, subiettivizzare* il diritto penale³². A ciò si associa il ricorso a tecniche interpretative, che, distanti dai principi di derivazione illuministica, si avvicinano ormai a una sorte di "ingegneria sociale"³³. Tali tendenze, secondo Vormbaum, si calano nella postmoderna "Società del rischio"³⁴ e fomentano le coordinate di un omologo "diritto penale del rischio".

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

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

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

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

un duplice versante: nella selezione della materia da assegnare alla competenza del diritto penale e nella definizione del modo di disciplina, cioè il modello di incriminazione. È sotto gli occhi di tutti come, nella attuali democrazie, questo rapporto dialettico risenta di scossoni, di piegature, prevalentemente, oggi, nel senso di una maggiore *espansione del diritto penale*, anche nella dinamica *ermeneutica*. Ecco perché il volto del diritto penale, all'interno di una simile tensione, può assumere connotati diversificati (più o meno liberaldemocratici). Se viene meno, o si attenua significativamente, l'esistenza di uno degli elementi del dipolo – segnatamente, il paradigma democratico – il volto autoritario (la matrice storica) del diritto penale non conosce più ostacoli e potrebbe risultare illusorio sperare che un efficace ostacolo possa essere integrato dall'appello alle teorie che puntano ad esaltare la funzione limitativa del potere punitivo. Quando muore la democrazia, gli argini crollano, il dipolo sparisce e l'autoritarismo non conosce ostacoli. Basti pensare all'esperienza fascista: formalmente rispettosa di alcuni caposaldi del pensiero penalistico liberale, lo svuotamento del potere del parlamento ha favorito una rigogliosa fioritura di leggi speciali 'eccezionali', che hanno messo a nudo il valore essenzialmente declamatorio dei principi liberali pure affermati nella parte generale del codice. Al cospetto di un regime totalitario, come quello nazista, che si è issato al rango di Stato esso stesso *criminale* (evocative, in proposito, le pagine dedicate da Vormbaum alla "patologia speciale" del regime³¹), gli arnesi difensivi dell'illuminismo e dello giuspositivismo penale poco, a mio avviso, potevano. Il rapporto individuo/autorità conosce oggi insidie diverse: non più drammatiche, finali, bensì *ciclicamente carsiche*: il volto autoritario, simbolico del diritto penale si riespande e il problema della legittimazione dell'intervento penale sembra andare incontro all'ennesima crisi, popolata da nuovi subdoli attori (si pensi al formante massmediatico), che incide non solo sulla competenza 'materiale' del diritto penale ma pure sul suo modo di disciplina e addirittura sul suo lessico, sempre più spesso di foggia bellica e, dunque, autoritaria.

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

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

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

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

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

Tuttavia, l'indagine critica di Vormbaum sugli strumenti di riduzione del sistema non sfugge all'interrogativo che aleggia sullo sfondo: se la scienza penale deve avere una funzione limitativa, quali sono le componenti che dovrebbero guidarla? Secondo Vormbaum, la prospettiva di un diritto penale ridotto è la *decriminalizzazione*, da implementare in vista di una prospettiva finale abolizionistica³⁶. Il diritto penale, proprio perché diritto, ha il compito di delimitare la domanda di pena proveniente dalla società. Ma secondo quali parametri? Vormbaum evoca la *triade di Radbruch (giustizia, certezza giuridica, utilità)*, che funge da indicazione operativa in base alla quale le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre risultati ingiusti, dannosi o inutili (rispetto alla conformità allo scopo). Qualora uno di questi tre obiettivi non potesse essere soddisfatto, la criminalizzazione deve segnare il passo. Il concetto di "*giustizia*" richiama il *concetto materiale di delitto*: su questo terreno, Vormbaum ritiene che si debba tentare di riavvicinare il più possibile la categoria del bene giuridico alla (illuministica) lesione dei diritti³⁷. La "*certezza*" funge da argine ad interpretazioni estensive ed analogiche, comprendendo pure la nozione di "accessorietà", relativa al fatto che il diritto penale non deve inventare beni giuridici, ma limitarsi a tutelare quelli già riconosciuti altrove dall'ordinamento. L'"*utilità*" è legata all'idea dell'*extrema ratio*.

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

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

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

³⁸ *Ivi*, p. 141.

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

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

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

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

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

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

Non è un caso, allora, che, fallita la depenalizzazione, è nella categoria della "punibilità" e nella tipologia dell'*arsenale sanzionatorio* che si possono cogliere alcune novità. La punibilità assume le vesti di una *scatola di compensazione* di almeno due finalità: l'*autoriduzione del sistema penale*, da un lato, e la *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, dall'altro lato, attraverso il ricorso a *modelli sanzionatori compensativo-riparatori* e non più repressivi. Ne costituiscono traduzione la *non punibilità per la particolare esiguità del fatto* (art. 131-bis c.p.) e l'*estinzione del reato derivante dalla tenuta di condotte riparatrici*, sia nella versione confinata nel microsistema di giustizia penale di pace (art. 35 d. lgs. 274/2000), sia in quella, di recentissimo conio, contenuta nell'art. 162-ter c.p., introdotta dalla L. 103/2017⁴⁰.

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

Pur se rientrante nella categoria della "punibilità", un discorso a parte merita la *sospensione del procedimento con messa alla prova*, di cui agli artt. 168-bis ss. c.p., introdotta dalla L. 67/2014. L'istituto si atteggia come uno strumento di *diversione*, in cui convergono due finalità: una special-

Ma ciò che preme rilevare è che, ancora una volta, si privilegia, in contrasto con le indicazioni di Vormbaum, la 'pena' e non già il 'diritto': quest'ultimo costringerebbe, infatti, il legislatore a porsi il problema della legittimità dell'intervento punitivo. Quanto all'*auspicata frammentarietà* del diritto penale, paiono parimenti disattese, nel nostro ordinamento, le aspettative magistralmente disegnate da Vormbaum. L'allargamento dei confini del sistema penale ha conosciuto, infatti, un ulteriore fattore di *autoespansione*, da rintracciare, non tanto in un trasparente aumento di superficie per mano del legislatore, quanto più nel ruolo crescente della *iurisdictio*, che propende ad issarsi ad avamposto nella risoluzione dei conflitti sociali. La narrazione dell'ipertrofia penalistica risente, così, di una significativa mutazione, che ne colpisce la 'qualità'. Poiché il prodotto legislativo penale viepiù smarrisce i suoi connotati di precisione, per vitare in direzione di narrazioni complesse, indeterminate, ambigue, fatalmente destinate a disorientare i destinatari, si accrescono, per ricaduta, i poteri dell'"ordine dei sapienti", che si 'appropria' del compito di sedare e metabolizzare l'ambiguità dei testi nel cd. 'diritto vivente' (una nuova formula magica della scienza giuridica⁴¹), in modo tale da rendere predicibile, *ex post*, il diritto. Una *deriva esoterica*, dunque, in cui le leggi non sono 'costruite' per i cittadini ma per i giudici e gli operatori del diritto. Per questa via, il sistema penale non è più oggettivamente misurabile: ha conosciuto e continua a conoscere ricorrenti slabbrature, indotte da un 'narratore' culturalmente inaffidabile, che, consapevolmente o meno, tramanda testi polisemici, fuorvianti, sciatti e, talvolta, persino errati⁴². Il siste-

⁴¹ *preventiva*, che si traduce in *trattamenti* significativi (non solo il risarcimento del danno, l'eliminazione delle conseguenze del reato, ma anche prescrizioni, lavoro di pubblica utilità, insomma un ventaglio di contenuti assimilabili all'affidamento in prova), l'altra di tipo 'premiare', che si risolve in una sorta di rito, in cui il cittadino rinuncia alla cognizione piena in cambio di alcuni vantaggi (un trattamento sanzionatorio più mite e, nel caso di risultato favorevole della prova, l'estinzione del reato). Nell'ambito di questo istituto, il risarcimento del danno costituisce uno degli elementi trattamentali, ma non assume la centralità che gli viene riconosciuta nella giurisdizione penale di pace e nell'art. 162-ter c.p. Per un'analisi della "messa alla prova", v. R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, pp. 1 ss.

⁴² È d'obbligo il rinvio al celebrato volume di R. Wiertholter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 1975.

⁴³ Per una ragionata sinossi dell'attuale, complicato rapporto tra legalità e giurisdizione.

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ 41-42.