ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2016
FASCICOLO 1
WORKING PAPER

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Il diritto penale del nemico

ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee
n. 1/2016

FRANCISCO MUÑOZ CONDE*

Il diritto penale del nemico

I

Il tema del seminario di oggi è il "diritto penale del nemico", un'espressione che coniò per la prima volta il noto professore dell'Università di Bonn, Günther Jakobs quando nell'ottobre del 1999 pronunciò una conferenza in un congresso che si celebrò a Berlino dal titolo "la scienza del diritto penale nel cambio del millennio". In questa conferenza il professore Günther Jakobs segnalò che assieme al diritto penale normale del cittadino con tutte le garanzie del diritto penale classico, del diritto penale dello stato di diritto, era anche necessario conoscere l'esistenza del "diritto penale del nemico" ossia di un diritto penale che non rispettava esattamente i principi dello stato di diritto, che per essere effettivo contro il nemico necessitava di una attuazione più energica che non entrava dentro lo schema dello stato di diritto.

Il professore Günther Jakobs, già anteriormente, in un convegno tenuto a Francoforte nel 1985 aveva accennato al tema del "diritto penale del nemico". E in un convegno tenuto a Berlino nel 1999 non solo descrive questo diritto, ma enfatizza la necessità dello stesso, anche in una società democratica e inoltre fa una descrizione degli "elementi caratteristici" di questo diritto penale.

* Catedrático di Diritto penale presso l'Università "Pablo de Olavide", Sevilla.

Concretamente allude a tre "elementi caratteristici", che nella sua opinione differenziano il "diritto penale del nemico" dal "diritto penale normale del cittadino" nello stato di diritto. In primo luogo, secondo la sua opinione, il "diritto penale del nemico" si caratterizza essere un diritto penale che applica pene draconiane che vanno dunque aldilà dell'idea di proporzionalità. Seconda caratteristica del "diritto penale del nemico" nell'opinione del professore Günther Jakobs è che questo deve prescindere dalle garanzie processuali dell'imputato o almeno ridurle fino al punto di prescindere dal diritto dell'imputato di avere una consulenza legale, a comparire dinanzi ad un tribunale ordinario ed altresì ad ammettere qualsiasi prova ottenuta illegalmente. La terza caratteristica infine che il professore Günther Jakobs considera necessaria è l'intervento nel campo previo alla messa in pericolo o lesione di un bene giuridico, vale a dire la criminalizzazione di atti preparatori, anche lontani della messa in pericolo del bene giuridico. Queste tre caratteristiche che il professore Jakobs segnala come tipiche di un diritto penale del nemico vengono da lui stesso giustificate dal fatto che si tratta di un diritto penale di guerra e di lotta contro chi viene qualificato come nemico ed addirittura come "non persona". Ci si riferisce a soggetti che -è sempre secondo la sua opinione- si situano in una condizione, chiara e permanente, contraria all'ordinamento giuridico e che pertanto non gli si può riconoscere all'interno dell'ordinamento giuridico stesso la categoria ed il nome di persona. Nel fondo si tratta, e v'è un esemplare pubblicato interamente in un convegno di Trento sopra il "diritto penale del nemico", di riconoscere che nello stato di diritto vi sono persone che sono fuori dalla giuridicità. Nel convegno di Trento è stata fatta un'analisi della condizione della giuridicità. Il professore Jakobs sostiene che è impossibile, anche nell'attuale stato di diritto, una giuridicità totale e ciò consiste nel trattare come se

fossero fuori da tale giuridicità le persone che attaccano l'ordinamento giuridico in maniera chiara e permanente. Dunque si riconosce che vi sono persone che stanno fuori dalla giuridicità.
Evidentemente con questa configurazione del diritto penale del nemico, che non solo descrive ma bensì legittima ed assume come necessaria un'immagine completamente distinta di quello che deve essere il diritto penale in uno stato di diritto. Ciò viene fuori, ad esempio, quando si discute di pene draconiane, anche se non lo dice espressamente, viene ammessa altresì la pena di morte però soprattutto una pena, sia che si tratti di ergastolo o di pena di morte, comunque sempre aldilà dell'idea di proporzionalità. Pertanto anche se si tratta di un delitto poco rilevante la pena deve essere sufficientemente intimidatoria senza nessun tipo di limite rispetto all'idea di proporzionalità. Quando allude ad esempio alla derogazione di garanzie processuali dell'imputato si riferisce anche alla possibilità di ammettere prove ottenute illegalmente. E nel convegno di Trento viene espressamente ammessa altresì la possibilità di ricorrere alla tortura. Inoltre quando allude all'intervento del diritto penale nel campo previo alla lesione di un bene giuridico, sta ovviamente ammettendo la criminalizzazione di semplici espressioni di idee estremiste o di simpatia verso attitudini più o meno contrarie all'ordinamento giuridico come può essere il terrorismo o la criminalità organizzata però criminalizzando persino anche la mera espressione di idea, affinità o simpatia. Naturalmente possiamo dire che nel momento in cui il professore Jakobs ammette il "diritto penale del nemico" come necessario, sta aprendo la porta ad ogni tipo di eccesso ed a un esercizio del potere punitivo dello Stato senza limiti. In definitiva sta dunque aprendo la porta ad un diritto penale autoritario . Solamente il vincolo riconosce che l'idea della pietà e della compassione umana potrà limitare questo diritto

penale del nemico a livelli umanamente sopportabili. Dunque, fino ad ora, c'è stata una grande discussione anche in Italia sopra questa idea del professore Günther Jakobs che giustamente coincide, pur se a poca distanza dall'attentato terroristico delle torri gemelle di New York dell'11 settembre del 2001, con il "patriot Act", con l'invasione dell'Afghanistan e dell'Iraq e tutto quello che è avvenuto successivamente nell'ultimo decennio.

II

Il primo a denunciare l'idea del professore Jakobs come contraria allo stato di diritto, ricordandogli soprattutto cosa aveva causato questo tipo di impostazione del diritto penale negli stati totalitari ed in particolar modo nella Germania nazional-socialista, fu nello stesso congresso di Berlino il professore Albin Eser che alla conclusione del convegno si avvicinò al professore Günther Jakobs e gli disse di stare attento alle sue teorie, perché molto affini allo "stato di non diritto" che fu il nazional-socialismo e che tanto sangue costò all'umanità intera . Ed inoltre ricordò l'attitudine di un altro famoso dogmatico, che in quella stessa epoca legittimò questi eccessi, e che poi si convertì alla democrazia, riferendosi al caso del famoso penalista di Monaco di Baviera, il professore Edmund Mezger, grande dogmatico di diritto penale. Il suo trattato fu tradotto in italiano negli anni trenta. Ciò nonostante egli collaborò entusiasticamente alla stesura della legge più barbara del diritto penale nazional-socialista. Riconosco che io assistetti a quel congresso e mi impressionò l'attitudine abbastanza energica della tesi che finiva di esporre il professore Günther Jakobs ed in quel momento alcuni assistenti dissero anche che non era corretto che in un discorso di chiusura di un convegno il professore Eser avesse criticato al professore Jakobs e ciò perché quest'ultimo non aveva più possibilità di contestare. Io

credo che qualcuno doveva avvertire Jakobs dei pericoli inerenti le sue tesi. Ciò con riferimento soprattutto alla Germania, ricordargli che in questo paese si erano avuti precedenti del "diritto penale del nemico" che avevano condotto la scienza del diritto penale tedesco alla collaborazione con il nazional-socialismo ed alle barbarie che questo aveva causato non solo in Germania, bensì nel mondo intero.

Dunque nel convegno di Berlino mi preoccupai espressamente di analizzare più dettagliatamente la tesi di Jakobs però simultaneamente lo feci lavorando ad un libro successivamente pubblicato in Germania che ha avuto un grande esito e che è stato molto discusso in Spagna, tradotto anche in portoghese, sopra Mezger. Ugualmente a Jakobs, Mezger fu probabilmente il miglior dogmatico della prima metà del ventesimo secolo in Germania. Il suo trattato fu tradotto in spagnolo. Negli anni Trenta, durante la guerra civile spagnola gli esiliati spagnoli che se ne andarono in America Latina e portarono con loro il trattato di Edmund Mezger come la Bibbia del diritto penale. Dunque il trattato ebbe un'enorme influenza in tutto il diritto penale spagnolo mentre in Italia non ebbe grande esito.

Mezger dopo la guerra tornò alla sua cattedra, ricevette un omaggio, venne nominato vice presidente della commissione di riforma del diritto penale. Ma cosa fece durante l'epoca del nazional-socialismo? Questa fu una questione che mi interessò molto sia perché io mi educai giuridicamente con un discepolo diretto di Mezger e sia perché per me lui era come un "dio" del diritto penale ed il fatto che alludesse al passato nazional-socialista mi interessava molto anche in quanto credevo nel pericolo che poteva sussistere, per l'esistenza di una grande dogmatica, una grande tecnica giuridica parallela ad una costruzione di un diritto penale senza garanzia e assolutamente favorevole allo stato autoritario. Questa schizofrenia, questa dualità

di "missione" del diritto penale mi intrigava molto, come si può essere un grande giurista ed allo stesso tempo legittimare uno stato di non diritto che è lo stato totalitario? Per tale motivo ho lavorato molto sul "diritto penale del nemico" ed ho scritto una monografia su questo tema la cui seconda edizione è pubblicata in Argentina (dello stesso libro esiste anche una versione tedesca). In quest'ultimo anno sono stato in Germania, come professore invitato dall'Università di Berlino, ed ho scritto un articolo sopra Franz Von Liszt. Quest'ultimo autore, assieme a Jakobs ed a Mezger, contribuisce a costituire la linea rossa che fa sì che la scienza del diritto penale tedesca, italiana e spagnola sia giunta alla schizofrenia di avere sviluppato per un lato un diritto penale garantista conforme ai modelli dello Stato di diritto e parallelamente un diritto penale del nemico, anche se sotto un altro nome, che è completamente contrario al diritto penale dello Stato di diritto che loro stessi, grandi dogmatici tedeschi, hanno coltivato meglio che qualsiasi altro dogmatico del mondo. Il caso di Von Liszt è particolarmente importante perché lui fu un penalista del secolo XIX e inizio del XX, di origine austriaca, antecedente al famoso compositore e pianista dello stesso nome. Fu professore ordinario, fece la sua carriera accademica in Germania nonostante le sue origini austriache. Di Von Liszt si parla come di un liberale di sinistra, a me sorprese sempre il fatto che un penalista dell'epoca di Bismarck, nella Berlino della fine secolo IX, fosse liberale e di sinistra. Senza dubbio egli ebbe una grande influenza in un'apertura del diritto penale non solo dogmatica ma bensì di un'apertura che includeva la dogmatica penale da una parte e la moderna criminologia dall'altra. Egli criticava a Lombroso ed a Ferri.

Per un lato Von Liszt, nel famoso programma di Marburgo, che consiste nell'idea del fine, tradotto in molte lingue tra cui l'italiano, segnalava che il diritto penale era come la infrangibile barriera della

politica criminale, ovvero come la Magna Carta del delinquente. Si parlava di un diritto penale garantista e liberale, barriera della politica criminale, un' idea meravigliosa dunque. E questa idea è stata sempre convertita nell'idea di un diritto penale liberale, garantista ed elevato alla categoria di valore universale. È stata pertanto considerata come uno dei migliori contributi di Von Liszt al diritto penale. Effettivamente era così, ma Von Liszt allo stesso tempo, come quasi tutti i penalisti della sua epoca, in pieno sviluppo economico e industriale della Germania di fine secolo XIX e di Bismarck, si preoccupava molto del delinquente abituale. Il delinquente abituale era un elemento estraneo. In quel momento c'era, non solo in Germania ma anche in Inghilterra, la teoria del positivismo criminologico di Lombroso, l'idea del delinquente nato. Vi erano le leggi di denigrazione negli Stati Uniti, la pratica di rendere sterili i portatori di infermità mentali ed i portatori di malattie ereditarie nei paesi scandinavi. Pertanto si aveva un'idea di lotta, ossia l'idea di utilizzare il diritto penale ed anche il diritto amministrativo come una forma di depurazione razziale, come una misura di "igiene sociale". Di tutto ciò Von Liszt ne tiene conto in maniera tale che si occupa del delinquente abituale, e dopo aver espresso, sempre nello stesso lavoro, l'idea che il diritto penale è la infrangibile barriera della politica criminale, contemporaneamente diceva qualcosa di distinto rispetto ai delinquenti abituali, qualcosa che li qualificava come recidivi certamente più importanti e pericolosi della patologia sociale che si suole denominare "proletariato" includendo in tale categoria: mendicanti, vagabondi, prostitute, alcolizzati, degenerati, gente della malavita nel senso ampio. Tutti costoro costituivano secondo Von Liszt l'esercito del nemico principale dell'ordine sociale, il proletariato della delinquenza, e pertanto bisognava renderlo innocuo. Ma cosa intendeva col termine "delinquenti abituali"? e cosa

proponeva? Bene, per loro proponeva la c.d. servitù penale con il massimo sfruttamento della loro forza lavoro, senza escludere come pena disciplinare la tortura con l'uso della frusta, con la conseguente perdita dei diritti civili. Per mostrare l'aspetto orribile della pena inoltre, in altri documenti che ho scoperto nell'Università di Berlino, un altro penalista che aveva fondato la più importante rivista del diritto penale in Germania, diceva letteralmente: «La pena da applicare consiste nel lavoro forzato con disciplina militare con il minore costo possibile e con l'utilizzo della tortura fino a rendere innocui i delinquenti. Ciò perché anche alimentare questi individui era un abuso dei soldi dei contribuenti».

Evidentemente, rispetto ai delinquenti abituali ed al proletariato della delinquenza, Von Liszt non era coerente con la frase del diritto penale come infrangibile barriera della politica criminale e Magna Carta del delinquente. Anzi tutto il contrario: il diritto penale diventa uno strumento della politica criminale e si utilizza per "rendere innocui" tali individui e senza nessun tipo di garanzia e senza verificare se realmente fosse stato commesso preventivamente alcun delitto. Proprio in ciò sta il concetto di "pericolosità preventiva" perché include, in questo gruppo, anche persone che non necessariamente hanno commesso un delitto.

L'idea di Von Liszt è innanzitutto quella della "prevenzione speciale". Egli divide i delinquenti in:

1. occasionali, per i quali è prevista una pena puramente intimidatoria;

2. correggibili, per i quali prevede un pena ri-socializzatrice;

3. incorreggibili, per i quali l'unica soluzione consisteva nel renderli perennemente innocui.

Alcuni autori, tra cui Jiménez Asúa in Spagna, tra l'altro discepolo diretto di Von Liszt, erano contrari alla pena di morte e ciò

perché con tale pena i delinquenti abituali venivano resi evidentemente anche inabili in campo lavorativo. Per tale motivo questa veniva considerata una pena superflua ma non per ragioni di umanità, bensì per ragioni puramente utilitarie, al fine dunque di poter sfruttare la loro forza lavoro gratuitamente. Naturalmente tutte queste idee di Von Liszt ricordano il sistema che si creò qualche anno più tardi nei *lager* del nazional-socialismo.

In quell' epoca, ossia alla fine del XIX secolo ed inizi del XX, in Italia, con la scuola classica e la scuola positivista, ed in Germania, tra la scuola classica e quella moderna, sorse la famosa lotta di scuole e si discusse fino a quale punto i penalisti classici erano coerenti con lo stato di diritto. Si discuteva se il diritto penale fosse maggiormente limitato dal positivismo italiano o da quello tedesco di Von Liszt. Entrambe le posizioni avevano aperto le porte nello stato di diritto all'arbitrarietà ed all'eliminazione di determinati individui. Io ho letto anche in questi ultimi mesi a Berlino quello che diceva Binding in relazione al problema della recidiva. L'unica differenza tra Binding e Von Liszt era solo una questione di nome. Binding parlava anche di eliminazione della tendenza criminale però non attraverso una pena avente quale obbiettivo quello di "rendere innocui" i delinquenti abituali per fini di sicurezza, bensì attraverso la pena di morte, anche se si trattava di "delinquenti di scarsa importanza" o semplicemente di "delinquenti abituali". Non bisogna dimenticare che Binding, il grande dogmatico, l'autore della famosa opera sulla teoria della norma, scrisse lo stesso anno della sua morte, assieme ad uno psichiatra di nome Hohe, un libricino dove si giustificava lo sterminio degli esseri sprovvisti di valori vitali come ad esempio malati di mente irrecuperabili. Quindici anni dopo ci fu la pratica dell'eutanasia, ordinata da Hitler, negli ospedali psichiatrici nell'epoca del nazional- socialismo.

III

Questi sono gli antecedenti e non si possono non considerare al momento di proporre idee e teorie che possono essere favorevoli a tutte quelle costruzioni che si fecero nella Germania pre-nazista e che poi sfociarono in pratica nella dottrina giuridica della Germania nazista. Però con questo, aggiungiamo cose a quello che mi sembra più importante e che mi sento obbligato ad esporvi e che fu l'antecedente del "diritto penale del nemico", ossia la costruzione dogmatica proposta da Mezger nell'epoca nazional-socialista. Scrisse un importante trattato, risalente all'epoca della Repubblica di Weimar, prima del nazional-socialismo dunque, trattato che fu tradotto in italiano e poi in spagnolo e che si può considerare come uno dei grandi trattati dogmatici della Germania della prima metà del secolo ventesimo. Egli arrivò a Monaco, simultaneamente all'ascesa di Hitler al potere, come successore del suo maestro. Rapidamente venne considerato il penalista più importante della sua epoca, e nominato altresì membro della commissione di riforma del diritto penale. Fece una legge di sterilizzazione degli infermi mentali e dei trasmettitori di malattie incurabili. Fece inoltre una legge rivolta ai delinquenti abituali, nella quale introdusse a misura di sicurezza e non una pena. Ciò era stato proposto da un uomo ideologicamente opposto al nazional-socialismo, ossia dal Ministro della Giustizia della Repubblica di Weimar che in un momento di crisi dopo la Prima Guerra Mondiale, di grande caos sociale ed economico in Germania introdusse in un progetto del codice penale l'idea che la pena fosse limitata dalla colpevolezza, ma che insieme con la pena nel caso del delinquente abituale bisognava introdurre la "custodia di sicurezza" che era una prolungazione della pena una volta scontata quella principale e per un tempo indeterminato. Questa idea non fu

mai approvata nella Repubblica di Weimar, ma appena arrivò il nazional-socialismo al governo venne fatta una legge che introdusse la misura di sicurezza per un tempo indeterminato per i delinquenti incorreggibili e per quelli abituali che furono direttamente internati nei campi di concentramento di Dachau, vicino Monaco, fondato da Hitler nel 1933 e dove assieme agli oppositori politici del regime nazista venne internato tutto il c.d. proletariato della delinquenza, come lo chiamava Von Liszt, che veniva raccolto per strada e che morì lavorando nei campi di lavoro fino al suo completo sterminio. In quel momento Hitler ottenne tutto l'appoggio della borghesia e della destra tedesca perché "ripulì" le strade, perché diede sicurezza cognitiva come la chiama Jakobs, cosicché il paese, che aveva vissuto una situazione abbastanza caotica di insicurezza cittadina, recuperò l'ordine e la sicurezza che tanto piaceva ai borghesi tedeschi. Questo fu uno dei primi grandi esiti che ottenne la politica criminale del governo nazional-socialista.

Ebbene, quale fu il ruolo che occupò in questa nuova politica criminale e nella regolazione giuridica della stessa, il grande dogmatico Mezger? Sicuramente occupò un ruolo principale in alcuni progetti come ad esempio la legge sopra la prevenzione delle malattie ereditarie e quella sopra la prevenzione dei delinquenti abituali. Inoltre, per incarico del governo tedesco, fece un progetto di legge che aveva come scopo quello di evitare il proliferare dei "diversi della comunità", dove si proponeva la castrazione dei delinquenti sessuali, degli omosessuali, anche con la pena di morte allorché la sicurezza della società lo richiedesse, e tutto questo senza nessun controllo giudiziale ed in mano della gestapo e delle SS.

Questo fu il ruolo che occupò il grande dogmatico del diritto penale. E giustificò ciò dicendo, rivolgendosi ad Hitler, che era necessario e che nel futuro ci sarebbero stati due o più diritti penali,

uno per la generalità ed un altro completamente differente per determinate persone come per esempio i delinquenti per tendenza. Questa nuova politica penale, il "nuovo inizio", come veniva da loro chiamato, rinviava al nuovo impero tedesco con l'idea di depurazione della razza e di sterminio degli estranei alla comunità, nei quali si includevano, delinquenti, asociali e naturalmente quelli che si chiamavano giudei, persone che in generale venivano considerate come facenti parte di una razza inferiore.

Qual era la frase che proponeva Mezger al posto del "rendere innocui" di Von Liszt? Ebbene egli inventa una parola che esiste tuttora nella lingua tedesca. La parola che utilizzava era "annichilimento" che in tedesco si utilizza attualmente con riferimento ad animali, quali insetti, scarafaggi, topi. Tale termine in Germania si utilizza più specificamente per indicare la separazione degli animali buoni per la riproduzione da quelli che invece non lo sono. Questi ultimi dovevano essere sterminati portati direttamente alla mattanza, appunto, perché non erano atti alla riproduzione. Tale termine, applicato a persone, supponeva direttamente lo sterminio, l'olocausto, l'eliminazione fisica.

Insomma, come è stato sottolineato recentemente in Italia ad opera di Giorgio Agamben, si trattava di ricostruire il diritto secondo una visione che il grande politologo nazista Carl Schmitt proponeva, in quell'epoca, nell'ambito della teoria dello Stato e del diritto, un diritto differente per il nemico. Fu questa costruzione giuridica che portò alla legge della espulsione giuridica che terminava nel successivo livello con l'eliminazione fisica e che fu poi quella che realmente venne compiuta nei lager. Bisogna ricordare che in quegli annia Carl Schmitt organizzò un convegno per la eliminazione dell'influenza del pensiero giudaico dalla scienza giuridica tedesca dicendo che i giuristi giudaici erano parassiti sociali della scienza

giuridica tedesca e che se qualche volta eccezionalmente bisognava citarli era necessario aggiungere la iniziale del termine "giudeo" come segno distintivo, affinché tutti potessero saperlo. Questi sono gli antecedenti ideologici che mi sono permesso di esporre molto brevemente, come prodotto del mio ultimo lavoro di ricerca storico-giuridica sopra il diritto penale del ventesimo secolo prima del nazismo e durante lo stesso, giungendo all'attualità con il diritto penale del nemico di Günther Jakobs.

Ora nell' ultima parte di questo mio intervento vorrei fare qualche considerazione sul "diritto penale del nemico" nell'attualità e dire qualcosa sulle critiche che sono state mosse negli ultimi anni da parte di molti autori in relazione alla tesi di Günther Jakobs. Per me è importante avervi indicato che Jakobs non ha inventato il diritto penale del nemico. Quest'ultimo è sempre esistito, ma sotto nomi diversi, ad esempio, come diritto penale dell'emergenza. Questo è esistito ed esiste tuttora in vari paesi del mondo, soprattutto in periodo di crisi, ad esempio con Mussolini in Italia, nella Spagna di Franco, con Hitler in Germania e con Stalin nell'Est europeo.

Evidentemente in questi antecedenti, se si trattasse solo di una costruzione puramente teorica, accademica, ipotetica e senza nessun fondamento nella realtà, potremmo discutere con lo spirito col quale una volta si discuteva sopra il sesso degli angeli. Ma qui si tratta di situazioni reali che qualsiasi persona ha potuto conoscere o potrà conoscere in qualsiasi momento della propria vita. Quella storia pesa molto sulla tesi di Jakobs come un antecedente sgradevole. A lui non piace che gli venga detto che abbia qualcosa a che fare con Carl Schmitt. Sostiene infatti che i suoi antecedenti sono Hobbes, Kant, Fichte. D'altronde potremmo porci in maniera simile rispetto anche ad Aristotele ed alla sua teoria riguardo alla questione se le donne siano uguali agli uomini o più simili agli schiavi, o rispetto ai teologi

spagnoli riguardo alla questione se gli Indiani siano animali o persone, se la relazione sessuale con gli Indiani sia un peccato di lussuria o di bestialità. Anche nei grandi possiamo incontrare, così come ad esempio nelle teorie di Kant, tesi che possono giustificare molte barbarie. Addirittura anche fino al secolo XX si dubitava che la pena di morte fosse contraria alla dignità umana.

Kant assumeva la pena di morte anche nel caso in cui una società dovesse disperdersi: basti ricordare il famoso esempio della comunità nell'isola. Prima di effettuare la decisione di dissolvere la comunità bisognerà uccidere l'ultimo delinquente che si trovi nelle carceri, sosteneva, affinché tutto il mondo sin rendesse conto dell'idea della giustizia come imperativo categorico. Come dire: se il mondo finisce a me non importa, l'essenziale è l'idea di giustizia. Kant diceva questo anche relativamente agli stupratori.

Se non fosse esistito Auschwitz, se non fosse esistita la dittatura del XX secolo, l'Europa tanto civilizzata, le guerre mondiali, la guerra fredda, probabilmente oggi si potrebbe legittimare in qualche modo il diritto penale del nemico. Però dopo tutte queste amare esperienze, questo sangue e queste barbarie, introdurre la possibilità che tutto ciò possa essere legittimato mi sembra uno dei problemi più grave della tesi di Jakobs. Soprattutto considerato che esistono le Costituzioni sia a livello nazionale che internazionale. Dunque, il problema che ci si deve porre è fino a che punto il diritto penale del nemico sia compatibile con il marchio costituzionale e con le dichiarazioni universali dei diritti umani. Il diritto penale del nemico negli Stati totalitari è stato una crudeltà e nessuno discute sul fatto che sia esistito.

Il grave problema di Jakobs è che egli sostiene che non sia suo compito affrontare la questione se il diritto penale del nemico sia compatibile con l'attuale configurazione della società moderna

democratica in forma di Stato di diritto. Se riteniamo che la garanzia della sicurezza cognitiva (come elemento fondamentale della tesi di Günther Jakobs) giustifichi il diritto penale del nemico, ci ritroviamo a difendere la tesi machiavellica secondo cui il fine giustifica i mezzi. Però soprattutto c'è una questione giuridica che mi sembra importante e che Jakobs non risolve, ossia: chi è il "nemico"? Il "nemico" dovrebbe essere qui un concetto giuridico, ma io non ho trovato nessun testo giuridico che mi dia una definizione chiara di nemico.

Jakobs parla del nemico come di una persona che come professione o principalmente tramite un'organizzazione, che risulta duratura, abbia abbandonato il diritto non assicurando pertanto il minimo di sicurezza cognitiva attraverso il suo comportamento, e cita a tal proposito i delitti sessuali, la delinquenza organizzata, il terrorismo, il narcotraffico e certamente l'abitualità e la recidività. Naturalmente da quanto detto da Günther Jakobs si potrebbe dire che tutti i delinquenti sono nemici e tutto il diritto penale pertanto è un diritto penale del nemico. La sicurezza giuridica, valore fondamentale del diritto nello Stato di diritto, si perde completamente dinanzi ad un'indeterminazione brutale, amplissima, di tale concetto del nemico, che Günther Jakobs descrive con alcuni esempi e senza però dire esattamente in cosa consiste e qual è esattamente il concetto del nemico.

IV

Criminalità organizzata, delitti sessuali, delinquenza abituale, terrorismo, narcotraffico e certamente l' "abitualità", naturalmente a coloro che commettono tali crimini si potrebbero aggiungere tutti

coloro che in un momento determinato il governo di turno sia di Berlusconi, sia di Zapatero che di Bush e di Obama, determini come "il nemico", è sufficiente che venga apposta l'etichetta di nemico e già tutto è valido, tutto è giustificabile perché siamo in lotta contro il nemico e quest'ultimo lo si vince con qualsiasi mezzo e non vi sono limiti. L'unico terrorista buono è il terrorista morto --diceva un ministro all'epoca di Franco. Questo lo ritroviamo purtroppo nella cronaca di questi ultimi anni.

Una delle grandi riforme che fece il nazional-socialismo arrivando al potere, appoggiato da Edmund Mezger e da Carl Schmitt, fu l'abolizione della proibizione dell'analogia in diritto penale. Venne introdotta nel codice penale tedesco nel 1933 la clausola che il delitto non solo è quello che definisce la legge "nullum crimen sine lege" ma anche ciò che si può definire come tale conforme al sano sentimento del popolo. Oggi in Italia, ma anche in qualsiasi altro paese del mondo, la demagogia punitiva, il populismo punitivo, il "sentimento del popolo" vuole che chi commette un delitto, anche se si tratta ad esempio solo di un furto d'auto, deve essere castigato duramente e senza nessuna garanzia. Naturalmente bisogna essere coscienti che tornare a quei tempi significa accettare le conseguenze che ciò provocò in passato negli stati civilizzati dell'Europa occidentale. Io credo e con questo voglio terminare, che la missione dei tribunali di giustizia, sia a livello nazionale che internazionale, dunque in Italia e nella giurisprudenza della corte di Strasburgo dei diritti umani, consista precisamente nel sapere quali sono i limiti che il diritto penale non può oltrepassare, se vuole rimanere all'interno di due coordinate che sono oggi giorno giuridicamente vincolate, ossia la coordinata dello Stato di diritto e la coordinata del rispetto dei diritti umani. Quando ad esempio si solleva in qualsiasi paese del mondo, come in Italia, in Germania, in

Spagna, qualche tipo di problema di incostituzionalità di una legge di diritto penale è compito della Corte costituzionale, del tribunale supremo, decidere, come ad esempio nel caso della Germania e della legge di navigazione aerea che introdusse un paragrafo nel periodo della competizione mondiale di calcio, che, in considerazione dell'esperienza tragica avuta con l'attentato dell'undici settembre a New York, permetteva di abbattere un aereo pieno di passeggeri innocenti nel caso in cui questo fosse stato sequestrato da terroristi, e si dirigesse verso un obiettivo sensibile, uno stadio di calcio, per esempio. Questa legge fu approvata a maggioranza dal parlamento tedesco nel 2001. Ma la Corte costituzionale l'ha bollata di incostituzionalità, perché consente in maniera astratta la morte di gente innocente. Naturalmente si può argomentare a favore o contro tale decisione. Allo stesso modo, sempre in Germania, paese che conosco bene, il capo della polizia minacciò di torturare il presunto sequestratore di un bambino per sapere dove lo nascondeva. Fu naturalmente condannato per tortura. E ciò fors'anche perché il bambino morì, ma se avesse salvato la vita di un bambino gli avrebbero dato la medaglia, ed il popolo sarebbe stato d'accordo; però il tribunale disse che non poteva essere ammessa una prova ottenuta con la tortura. Sono sempre idee e vicende discutibili, perché si tratta di casi estremi ed i tribunali, però anche il teorico in una sede come questa di oggi, o in un libro, in un articolo, devono denunciare i casi nei quali il diritto penale va aldilà dei parametri ammissibili in uno Stato di diritto. Questa è una missione poco piacevole ovviamente. Ha ha inoltre anche poco appoggio sia popolare che mediatico. Però questo è un rischio che dobbiamo correre e che in alcune circostanze non è esclusivamente un rischio intellettuale ma può anche essere fisico, però dobbiamo essere coerenti. Voglio terminare dicendo che se alcun merito ha la tesi di

Jakobs è quello di aver messo in rilievo che i limiti tra il "diritto penale" dello Stato di diritto ed il "diritto penale del nemico" ed in ciò, nei limiti molto stretti da tracciare, consiste il pericolo e la minaccia, soprattutto per i cittadini. In un mondo nel quale tale limite è sempre maggiormente difficile da tracciare, ma anche in un mondo nel quale la più raffinata dogmatica giuridica (non metto in dubbio che Jakobs sia un grande dogmatico del diritto penale) può servire a legittimare le barbarie giuridiche ricoperte dal venerabile nome del diritto.

(Seminario tenuto presso l'Università di Catanzaro il 10 marzo 2010. Traduzione di Rosaria Mastroianni Ianni)