

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

47

(2018)



GIUFFRÈ EDITORE

Al cospetto di interlocutori istituzionali così malconci, la dottrina, ad avviso di Fiandaca, avrebbe forse i titoli — d'altronde storicamente sperimentati — per sobbarcarsi una « rifondazione » del diritto penale o quanto meno per recuperarne la missione illuministica di *extrema ratio*. Perché una simile impresa si avvii egli pone, tuttavia, alcuni *caveat*: la preliminare demarcazione di ruoli tra la funzione tecnica della scienza e le valutazioni di pertinenza politica (pp. 190-191); la disponibilità degli studiosi ad un approccio non più idealistico-normativistico (« autoreferenziale ») bensì attento ai meccanismi empirici della rappresentanza politica (*rectius*, elettorale) e ai circuiti della comunicazione (pp. 192-193).

Non che l'Autore nutra verso l'accademia eccessive aspettative: non è tenero, ad esempio, verso una produzione scientifica troppo spesso destinata a effimere finalità concorsuali e perciò inservibile (p. 105, nt. 8). Egli però confida in un risveglio della vocazione intellettuale del docente. « Come professori — scandisce il congedo — dovremmo [...] riuscire a far sentire la nostra voce fuori dai recinti accademici », al fine di « interloquire con autorevolezza e credibilità nel dibattito pubblico » e « orientare [...] le scelte politiche »: un simile impegno, « forse più ottimistico che realistico », costituisce « un dovere — prima che scientifico — etico-politico » (p. 193).

La *Prima lezione*, in effetti, onora il proposito. L'intera carriera di Giovanni Fiandaca rinverdisce lo spirito della *penalistica civile* ⁽¹⁷⁾ e attinge dall'orgoglio delle idee un antidoto alle disillusioni.

MARCO NICOLA MILETTI

OLIVIER JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, pp. 328.

1. « Che cos'è il diritto? Ciò che sta scritto nei codici o ciò che viene effettivamente imposto e osservato nella società? Oppure il diritto è ciò che, si trovi o no nei codici, dovrebbe essere imposto e osservato, se si operasse in modo corretto? » ⁽¹⁾. Questi interrogativi che, non sfuggirebbero su un manuale di filosofia del diritto, sono in realtà tratti da un'opera letteraria *Der Vorleser* (1995), divenuta ben presto un film:

⁽¹⁷⁾ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. in nt. 4, I, pp. 493-590.

⁽¹⁾ B. SCHLINK, *A voce alta. The Reader*, Milano, Garzanti, 2009, p. 75.

The Reader. Le parole sono pronunciate da un anziano professore nella Germania ancora dilaniata dalle bombe e dai sensi di colpa degli anni Cinquanta, di fronte a una folta schiera di studenti annoiati e disorientati dai dubbi instillati dal docente. I giovanissimi discenti sono stati, infatti, educati a condannare senza alcuna remora gli aguzzini del Terzo Reich ma non a far luce sulle terribili ombre del passato. Questo romanzo, scritto con la sapienza giuridica di cui può essere dotato solo un giurista testimone di un'epoca cruciale, si colloca ben oltre l'usuale letteratura della *memoria* che pone al proprio centro quanto subito dalle vittime dello sterminio, i loro sentimenti e l'inaccettabile orrore che ne faceva da sfondo. Qui la protagonista, Hannah, è, al contrario, una delle presunte carnefici e il senso di vergogna e di spiazione provato dalla stessa, fino al tragico quanto un po' prevedibile epilogo, s'intrecciano con quella della colpa della Germania e della rielaborazione del passato. Sul piano giuridico ciò si traduce proprio nel dilemma sollevato dal professore di diritto — magistralmente interpretato nella trasposizione cinematografica da Bruno Ganz — a cui ne segue logicamente un altro, vale a dire si può definire quello nazista un vero e proprio diritto o, ancora, un *non-diritto*?

Con un po' di immaginazione si può magari intravedere nei panni di questo docente la figura di Gustav Radbruch, il giurista che forse per primo pose la questione della validità della legge ingiusta e della collegata *natura* del diritto nazista. In un breve ma denso saggio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) Radbruch a partire da alcuni casi giudiziari che tennero banco nei Tribunali tedeschi subito dopo la seconda guerra mondiale suscitando una forte eco anche nell'opinione pubblica dell'epoca ponendo la cruciale questione: « il conflitto tra la giustizia [*Gerechtigkeit*] e la certezza del diritto [*Rechtssicherheit*] potrebbe dunque essere risolto in un senso tale per cui il diritto positivo, assicurato dalla promulgazione e dalla sanzione, abbia la precedenza, anche quando è, nel suo contenuto ingiusto [*inhaltlich ungerecht*] e inadatto allo scopo [*unzweckmäßig*], a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto 'diritto ingiusto' [*unrichtiges Recht*], debba arretrare di fronte alla giustizia » (2). La formula di Radbruch, pur con tutti i suoi *distinguo* (3), dopo aver suscitato un fecondo e aspro dibattito all'interno della scienza giuridica tedesca, è

(2) G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süd-deutsche Juristenzeitung», 5 (1946), pp. 105-108, trad. it. *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. De Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, Milano, Raffaello Cortina, 2002, pp. 157-158.

(3) Cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

stata alla fine degli anni Cinquanta del Novecento nel contesto anglosassone al centro della nota *polemica* tra Herbert Hart (4) e Lon Fuller (5) che s'incentrava soprattutto sulla *vexata quaestio* tra diritto (il diritto com'è) e morale (il diritto come dovrebbe essere), da sempre croce e delizia dei filosofi del diritto. Ancora oggi, tale formula, nonostante siano decorsi oltre settant'anni dalla sua formulazione e non abbia mai smesso di suscitare appassionati scontri, continua a sollevare una serie infinita di interrogativi (6) che emergono anche nel recente volume di Olivier Jouanjan *Justifier l'injustifiable* che intende non solo confutare l'accusa ricorrente secondo la quale il positivismo giuridico aveva reso la scienza giuridica impotente di fronte al *Behemoth* nazista (7) e, di conseguenza, ne aveva favorito l'ascesa, ma anzi sovvertirla nel senso che il bersaglio polemico della cultura giuridica nazista era, al contrario, proprio il positivismo giuridico e la sua figura per antonomasia: l'Ebreo errante (*Der ewige Jude*).

Un esempio emblematico del rifiuto quasi ai limiti del parossismo del positivismo giuridico è rintracciabile in una vicenda che non si può liquidare in maniera folkloristica ritenendola quasi una sorta di evento goliardico come quella riguardante il periodo di apprendistato dei futuri avvocati e magistrati del regime. In quest'occasione si assisteva all'impiccagione simbolica del tanto odiato simbolo del paragrafo (§) sotto gli sguardi estasiati dei futuri giuristi del Reich. Opportunamente creata una sagoma di cartone con il vituperato simbolo veniva lasciato penzolare in maniera analoga all'impiccagione altrettanto simbolica dei suicidi oppure dei processi agli animali nel Medioevo. L'*intentio* di tale messa in scena era abbastanza chiaro: il paragrafo era l'emblema non

(4) H. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « Harvard Law Review », 71 (1958), pp. 593-629, trad. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 107-166.

(5) Cfr. L. FULLER, *Positivism and the Fidelity to Law. A Reply To Professor Hart*, in « Harvard Law Review », 71 (1958), pp. 630-672, trad. it. *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in *Il positivismo giuridico contemporaneo*, a cura di A. Schiavello, V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 136-170.

(6) Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in « i-lex », 13-14 (2011), pp. 109-120, disponibile on line <http://www.i-lex.it>.

(7) Cfr. F. NEUMANN, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism (1933-1944)*, London, Victor Gollancz, 1942, trad. it. *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, Mondadori, 1977.

solo dello studio solitario del diritto ma soprattutto del diritto scritto e in quanto tale estraneo alla vita e alla realtà ⁽⁸⁾.

La lotta contro il positivismo giuridico allora non doveva rimanere confinata nelle pagine dei libri ma assumere una valenza esistenziale. In questo modo il giurista doveva necessariamente dismettere i vecchi panni dello studioso e indossare quelli meno usuali e più consoni al regime hitleriano del soldato, le cui affilate armi non erano altro che i concetti giuridici forgiatisi nella *temperie* rivoluzionaria da brandire contro il nemico: il diritto esigevo uno spirito guerriero.

2. Ben conscio della difficoltà di doversi districare tra gli eruditi lavori di storici *tout court* ⁽⁹⁾, di giuristi e storici del diritto ⁽¹⁰⁾ Jouanjan non intende delineare la storia del diritto nazista o del diritto durante il regime nazista ma vuole comprendere il discorso giuridico nazista, cioè le teorie naziste del diritto elaborate da numerosi giuristi *engagés*. Laddove comprendere significa non lasciare alcuno spiraglio alle tesi giustificazioniste che spesso fanno leva sull'indignazione morale o sulla repulsione politica incondizionata. Fatte queste doverose premesse Jouanjan sceglie di intraprendere un viaggio ai confini estremi del diritto per cogliere la reale essenza di quello che non esita a definire un diritto mostruoso. Pensare il diritto nazista allora significa confrontarsi non genericamente con i giuristi del Terzo Reich ma con i giuristi impegnati che hanno contribuito in maniera decisiva alla costruzione dell'ideologia giuridica adeguata al regime. In questo senso l'ordine del discorso nazista non è altro che il seguente: *giustificare l'ingiustificabile*.

⁽⁸⁾ J. CHAPOUTOT, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014, trad. it. *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, Torino, Einaudi, 2016, pp. 116-117.

⁽⁹⁾ Jouanjan dichiara esplicitamente di muoversi nell'ambito di un filone di ricerca storiografico riaperto nel *milieu* francese dapprima da C. INGRAO, *Croire et détruire. Les intellectuels dans la machine de guerre*, Paris, Fayard, 2010, trad. it. *Credere, distruggere. Gli intellettuali delle SS*, Torino, Einaudi, 2012 e successivamente sviluppato nella trilogia di J. CHAPOUTOT: 1) *La Loi du sang*, cit.; 2) *Le nazisme et l'Antiquité*, Paris, PUF, 2012, trad. it. *Il nazismo e l'Antichità*, Torino, Einaudi, 2017; 3) *La révolution culturelle nazie*, Paris, Gallimard, 2017 che ha esplorato a fondo l'universo giuridico, morale e culturale del nazismo.

⁽¹⁰⁾ Se si eccettuano i lavori risalenti di C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1938 e F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, Giappichelli, 1940, basti qui rinviare per un'analisi storico-comparativa almeno ai più recenti volumi di A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005 e E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008.

Un primo nodo problematico da sciogliere — secondo Jouanjan — è quello relativo alla continuità/discontinuità tra le dottrine giuridiche weimariane e quelle naziste, o meglio, se già prima del 1933 esistevano i prodromi del diritto 'nazista'. Jouanjan discute criticamente, tra le altre, le posizioni di due giuristi di formazione kelseniana: Oliver Lepsius ⁽¹¹⁾ e Horst Dreier ⁽¹²⁾. Se, come sostengono quest'ultimi, gli *antipositivisti* hanno lasciato la scienza e la pratica giuridica inerte di fronte all'incombere del diritto nazionalsocialista, allora ciò non fa altro che riportare in auge la discutibile posizione di Radbruch. Al tempo stesso, appare inopportuno sostenere l'esatto contrario che tutti gli *antipositivisti* fossero dei nazisti *ante litteram*. A smentire una siffatta ipotesi sovviene, per esempio, la riflessione del giurista socialdemocratico Hermann Heller che, pur essendo uno dei critici più radicali del formalismo kelseniano, era un convinto democratico e strenuo difensore della Costituzione weimariana ⁽¹³⁾. In ogni caso, prima del 1933 almeno nell'ambiente accademico non esisteva una dottrina fascista del diritto pubblico, poiché gli stessi *topoi* giuridico-politici (*Volk*, *Gemeinschaft*, *Volksgemeinschaft*, *Führer*) che circolavano liberamente nel dibattito weimariano non avevano alcuna valenza etnico-razziale (*völkisch*) e attraversavano in maniera trasversale gli schieramenti di destra e di sinistra.

Allora come in un giallo in cui gli indiziati sono soltanto due, una volta scagionato il primo, non rimane altro che dubitare dell'innocenza dell'altro. In altri termini, se il positivismo giuridico rimane esente da colpe, vuol dire che la responsabilità debba essere attribuita interamente al suo naturale avversario: l'*antipositivismo*. Qui il discorso diventa piuttosto complicato. Se era stato piuttosto semplice difendere il positivismo bisognava, al contrario, inerpinarsi per strade impervie adottando tutta una serie di ragionamenti logici, utili a scandagliare la reale eredità dell'*antipositivismo* nella dottrina giuridica nazista. In particolare, Jouanjan giunge a delle conclusioni provvisorie che possono essere così sintetizzate: *a*) la critica radicale al formalismo giuridico e la conseguente salvezza della forma non comporta — come volevano i giuristi nazisti — un diritto del tutto *deformalizzato* trattandosi perciò di una garanzia necessaria ma non sufficiente; *b*) gli sforzi degli antiformalisti al fine di riportare nella discussione giuridica la questione dei

⁽¹¹⁾ O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, C.H. Beck, 1994.

⁽¹²⁾ H. DREIER, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer », 60 (2001).

⁽¹³⁾ Cfr. R. CAVALLO, *La critica al formalismo giuridico nella riflessione di Hermann Heller*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 405-435.

contenuti del diritto (dimensione concreta e/o sostanziale) sono vani laddove essi si traducano in un'aprioristica statuizione e come tale indiscutibile; c) se esiste, come spesso affermato, una linea di continuità tra il pensiero filosofico-giuridico neohegeliano e quello nazista allora come spiegare i violenti attacchi subiti dai giuristi appartenenti a queste correnti di pensiero da parte degli esponenti più radicali della cultura giuridica del regime. Vista la complessità del tema quindi non appare possibile abbracciare in maniera troppo semplicistica una posizione a scapito dell'altra, se non si vuole cadere in facili semplificazioni o più che evidenti contraddizioni (pp. 59-65).

3. A partire da questo complesso quadro l'Autore analizza le condizioni intellettuali e materiali della *conversione* dei giuristi tedeschi, attraverso lo studio dei discorsi tesi a legittimare e giustificare il diritto nazista. In tal senso, i giuristi *engagés* non si sono limitati a descrivere « il *fenotipo* del diritto nazista ma hanno cercato di comprendere e decodificare il *genotipo* mettendo così in discussione l'intera tradizione giuridica occidentale moderna » (p. 100).

Una delle parole d'ordine del regime nazista era la *Gleichschaltung*, cioè la *sincronizzazione* dell'insieme delle istituzioni, delle organizzazioni sociali e delle forze vive della nazione tedesca, tra cui le Università e, in particolare, le facoltà di Diritto. L'obiettivo non era *sic et simpliciter* il rinnovamento del diritto ma il rinnovamento *tedesco* del diritto (*Deutsche Rechtserneuerung*) che richiedeva — come previsto dall'art. 19 del programma della NSDAP — la sostituzione del diritto romano espressione di una concezione del mondo materialista con il diritto tedesco della comunità. Ciò significava la rigermanizzazione del diritto attraverso un profondo lavoro di scavo nelle viscere della storia tedesca che doveva riportare alla luce i numerosi tesori custoditi nell'antico scrigno giuridico germanico arruolando, secondo una ricostruzione non priva di evidenti forzature ermeneutiche e, per certi aspetti, eccessivamente schematica e unilaterale, le autorità filosofiche e giuridiche più eminenti (da Lutero a Hegel, passando per Savigny, Fichte, Schelling) di un'ipotetica *resistenza tedesca* ⁽¹⁴⁾.

La volontà di *rivoluzionare* il diritto doveva essere intesa nel duplice senso di rinnovarlo ritornando alle origini, ossia nel senso etimologico di rivoluzione (da *revolutio*, cioè volgere indietro, ritornare). Un ruolo insostituibile in questo duplice movimento di inversione (*Umkehr*) e rinnovamento (*Erneuerung*) era quello svolto dalla c.d. « generazione 1900 », cioè quei giovani giuristi che — nati agli albori del Novecento — avevano vissuto, sia pur indirettamente, il

⁽¹⁴⁾ Cfr. per tutti C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlaganstalt, 1934, trad. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2002, p. 48 e ss.

trauma della Grande Guerra e dell'esperienza del fronte. La loro formazione non era avvenuta nelle *vecchie* Università dell'Impero ma in quelle *nuove* della Repubblica, dove essi avevano subito il fascino di personalità eterodosse e soprattutto di un *pensatore maledetto* come Carl Schmitt⁽¹⁵⁾. Grazie a queste fascinazioni essi riuscirono ad andare non solo oltre il diritto codificato ma attraverso gli interstizi creati nella struttura logica del diritto erano riusciti a far dialogare criticamente quest'ultimo con altre discipline considerate tra di loro irriducibili aprendo nuovi orizzonti filosofici, politici ed intellettuali ma muovendosi in direzione opposta al positivismo giuridico all'epoca dominante e che teorizzava l'autonomia (*rectius*: l'isolamento) della scienza giuridica dalle altre discipline.

Il *deus ex machina* di questa terribile operazione di *messa al passo* del mondo giuridico era stato il *Reichrechtsführer*, Hans Frank, figura onnipresente nell'*entourage* politico-intellettuale nazional-socialista e che ricopriva molteplici e cruciali ruoli nelle diverse organizzazioni che costellavano l'universo giuridico-legale tedesco: la Federazione dei giuristi nazional-socialisti Tedeschi (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*) e l'Accademia del diritto Tedesco (*Akademie für Deutsches Recht*). Tale pervasiva forma di controllo si estendeva persino all'editoria giuridica quasi totalmente monopolizzata dal Partito attraverso la creazione di una casa editrice filo-nazista (*Hanseatische Verlagsgesellschaft*) che ovviamente selezionava solo le pubblicazioni in linea con l'ideologia del regime. Oltre al ruolo preponderante di Frank spicca quello svolto da Ernst Rudolf Huber e Reinhard Höhn che, seppur formati entrambi nell'ambiente rivoluzionario conservatore di estrema destra e, dunque, non essendo affatto seguaci ma critici radicali dell'operato di Hitler e del suo Partito decisero di mettere le loro armi giuridiche al servizio del regime hitleriano. Non solo Huber e Höhn, ma anche la maggior parte dei giuristi che dopo il 1933 aderirono convintamente al nazismo, provenivano dal *milieu* di estrema destra gravitante attorno alla galassia denominata Rivoluzione Conservatrice⁽¹⁶⁾. La *parola magica* che riecheggiava negli scritti di questi autori era il richiamo al *Mito* diventato sempre più pressante dopo la rottura della Grande Guerra e che implicava necessariamente uno spartiacque con il

(15) Cfr. J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven-London, Yale University Press, 2003.

(16) Su tale movimento oltre all'ormai classico saggio di A. MOHLER, *Die Konservative Revolution in Deutschland (1918-1933)*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, trad. it. *La rivoluzione conservatrice in Germania (1918-1932)*, Napoli, Akropolis/La Roccia di Erec, 1990, si veda almeno S. BREUER, *Anatomie der Konservativen Revolution*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993, trad. it. *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di destra nella Germania di Weimar*, Roma, Donzelli, 1995.

moderno *logos*. La figura che appariva ai loro occhi l'incarnazione materiale del mito era Hitler essendo riuscito, da un lato, a demolire la già precaria struttura democratica weimariana sbarazzandosi rapidamente della Costituzione e dei Partiti e, dall'altro, a edificare su basi del tutto nuove e inedite l'edificio nazista.

4. Dopo la fase della *distruzione* si trattava di costruire il *nuovo mondo* giuridico nazista mediante l'adozione di un nuovo lessico che, tra l'altro, si diffuse rapidamente ⁽¹⁷⁾. Quest'opera di trasvalutazione di tutti i valori giuridici (*Umwälzung aller juristischen Werte*) investiva ogni branca del sistema (dal diritto civile al diritto pubblico passando per il diritto penale) e tendeva ad eliminare ogni residuo individualistico-liberale. Operazione sicuramente non semplice da realizzare se si pensa all'accesa *querelle* tra i fautori del radicalismo che imponevano un *nuovo* lessico giuridico e coloro che teorizzavano, al contrario, un approccio più moderato esigente una rilettura in senso concreto dei *vecchi* concetti. Per esempio, sul versante giuspubblicistico, la *sostanzializzazione* del concetto di *Repräsentation* suscitava quasi sempre le critiche da parte dei giuristi più radicali che, invece, imponevano di sostituire il concetto astratto e formale di rappresentanza (*Repräsentation*) con quello concreto e sostanziale di incarnazione (*Verkörperung*).

Nell'ambito del diritto privato, invece, il diritto soggettivo in quanto risultante da un concetto universale-astratto di persona doveva essere messo al bando, o essere determinato in funzione dell'appartenenza concreta dell'individuo (non più tale ma *Volksgenosse*) a un ordine comunitario concreto ⁽¹⁸⁾. Considerazioni analoghe valevano altresì per il diritto penale i cui principi-cardine — come per esempio il divieto di analogia — vengono stravolti, dando luogo ad un abuso di tale istituto da parte degli organi giudiziari al punto da operare talvolta *l'analogia dell'analogia* (*Hyperanalogie*) ⁽¹⁹⁾ (p. 198). Si stava così generando un diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) in base al quale era appunto la volontà dell'autore ad essere punita e non l'atto o il delitto; ciò richiedeva un dovere di fedeltà (*Treuepflicht*) tra i diversi

⁽¹⁷⁾ Cfr. L. LACCHÈ, *Due lezioni per il presente*, in T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, Macerata, EUM, 2013, p. 8.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹⁹⁾ In realtà, come sottolineato, tra gli altri, da G. MARINUCCI, *L'analogia e la «punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale»*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 50 (2007), la possibilità di eliminare il divieto di analogia era stata già teorizzata da Karl Binding (p. 1256).

membri della macchina penale (giudici, tedeschi, Gestapo) ⁽²⁰⁾ analogo a quello tra i soldati, pena l'esclusione dalla *Gemeinschaft*. Ben presto ci si sarebbe resi conto che ormai il principio vigente sotto il regime nazista non era più — a detta di Jouanjan — *nullum crimen nulla poena sine lege*, bensì *nullum crimen sine poena*.

Ma il *filo rosso* di questa opera di sovversione linguistica del sistema giuridico lo si ritrova nel termine-concetto di *Gemeinschaft* (o meglio, *Volksgemeinschaft*) la cui accezione nazista era completamente diversa da quella utilizzata nella *temperie* novecentesca tanto da assurgere a lemma fondamentale della *Lingua Tertii Imperii* ⁽²¹⁾. Un esempio paradigmatico era l'abolizione della parola *Jurist* di origini latine e dunque non solo appartenente al mondo giuridico romano ma anche troppo in linea con il formalismo e la neutralità della scienza giuridica praticata soprattutto da giuristi ebrei e la sua sostituzione con il termine *Rechtwahrer* (protettore o difensore del diritto) in perfetta sintonia con la *neolingua* del Terzo Reich. Allora, l'adagio attribuito a Hans Frank: « Alles, was dem Volke nützt, ist Recht; alles, was ihm schadet, ist Unrecht » forse come non mai sembra racchiudere, sia pur con qualche smagliatura, il progetto giuridico-politico dei giuristi nazisti, a cui avevano contribuito non poco anche i *dioscuri* del diritto nazista come Schmitt e Larenz. La torsione in senso *völkisch* delle categorie portanti della loro concezione (politica) del diritto cercando di giustificare teoricamente l'ingiustificabile — come sottolinea ampiamente — era il tratto caratterizzante della loro ben nota adesione al regime hitleriano (pp. 213-273). In questo modo avveniva l'inversione topologica del diritto non più costruito *more geometrico* ma ormai del tutto *deformatizzato*.

5. In ultima analisi, l'Autore anziché, come avvenuto in passato, operare un netto quanto aprioristico rifiuto di studiare il diritto nazista poiché *diritto degenerato* ⁽²²⁾, in quanto rispondente ad un sistema valoriale del tutto incompatibile con il diritto di un sistema democratico, sceglie coraggiosamente di intraprendere questo esercizio di *téralogie juridique*. Jouanjan decide pertanto di prendere le difese del positivismo ma percorrendo una via inusuale, cercando di *prendere sul serio* il diritto nazista e non di negare che lo stesso in via pregiudiziale possa costituire addirittura oggetto di studi. Superato tale ostacolo

⁽²⁰⁾ Cfr. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, I. Staff (Hrsg.), Frankfurt am Main, Fischer, 1964.

⁽²¹⁾ Cfr. V. KLEMPERER, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Berlin, Aufbau-Verlag, 1947, trad. it. *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Firenze, Giuntina, 1988.

⁽²²⁾ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, C.H. Beck, 1988².

metodologico egli analizza tale sistema giuridico non con gli occhi del giusnaturalista (per il quale risulterebbe molto agevole liquidare in poche battute questo diritto *mostruoso*) bensì dal punto di vista del positivista. Munito di tali strumenti teorici Jouanjan indaga nel dettaglio il linguaggio giuridico del nazismo, la sua grammatica, la sua retorica e perfino i suoi inevitabili ossimori. Da questa dettagliata e originale analisi si evince, secondo l'Autore, il rifiuto della tradizione romanistica a vantaggio di quella germanica e il conseguente dissipamento del *tesoro latino* al solo scopo di cercare di trovare un'impossibile giustificazione giuridica a ciò che moralmente è ingiustificabile, dimostrando come il formalismo non poteva essere la base di un diritto sostanziale come quello nazista che egli definisce *une domination sans formes* (p. 290). Anzi, esso [il positivismo] non poteva che essere il nemico giurato di un siffatto sistema concreto e sostanziale. Se il percorso di Jouanjan può dirsi senz'altro innovativo e avvincente (in quanto anch'esso mira a diradare le nebbie che hanno avvolto tale ambito di studi) ⁽²³⁾ così come l'intento è indubbiamente lodevole ciò che tuttavia lascia un po' perplessi è proprio l'approdo finale di tale articolato *iter*. Anche il giurista francese non resiste, difatti, alla tentazione di affermare che il diritto nazionalsocialista ⁽²⁴⁾, per quanto meriti di essere analizzato — o, forse meglio potrebbe dirsi, sezionato, come un cadavere in un obitorio di cui si cerca di capire la causa della morte — in fin dei conti possa definirsi *non-droit*, o *Recht im Unrecht* ⁽²⁵⁾. Per *scagionare* il positivismo dalla consueta accusa di essere stato in qualche modo il cavallo di Troia della presa del potere *legalmente* da parte dei nazisti Jouanjan finisce tuttavia con il rimanere intrappolato in una sorta di vicolo cieco: vuole rigettare ogni rifiuto 'emotivo' e quasi istintivo del diritto nazista sulla base dei valori di riferimento ma ricade in un rifiuto pur effettuato con altri mezzi che dovevano essere quanto più razionali possibili ma che alla fine non si rivelano tali. *A fortiori*, se come pensa Jouanjan, le pratiche ed i rituali burocratici sono al limite dell'insignificanza difendere un certo formalismo giuridico da critiche alquanto frettolose e banali vuol dire allora riconoscere al diritto un contenuto minimo di morale e/o di politica in quanto il senso profondo delle forme e delle procedure è di contenere

⁽²³⁾ L'evocativa immagine è stata utilizzata da P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), pp. 175-291 in relazione ai problematici rapporti tra scienza giuridica civilistica e fascismo.

⁽²⁴⁾ Spunti interessanti in tal senso si possono ricavare dalla lettura dei due brevi ma significativi contributi di T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, cit.

⁽²⁵⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

(entro certi limiti) la potenza informale dei valori e di *mettere in forma* la weberiana « guerra degli dei ».

RICCARDO CAVALLO

GIACOMO PACE GRAVINA, *Il Codice e la sciabola. La giustizia militare nella Sicilia dei Borbone tra repressione del dissenso politico ed emergenza penale (1819-1860)*, Acireale-Roma, Bonanno, 2015, pp. 224.

Col medesimo « formidabile colpo di timpano » con cui si apre una delle opere più lette dell'Ottocento (U. Eco, *Sullo stile del Manifesto*, 2002), potremmo anche noi provare a immaginare che all'indomani della Restaurazione, in un mondo all'apparenza pacificato, « uno spettro s'aggrava per l'Europa: lo spettro della rivoluzione ».

L'avventura napoleonica si era già consumata, l'antico console e legislatore dei Francesi finiva i suoi giorni su una angusta terra d'oltremare, la febbre che aveva infiammato terre, cuori e armate era ormai solo un pallido e scolorito ricordo da dimenticare, prima possibile. Nel frattempo i vecchi poteri e le antiche dinastie rientravano sulla scena e ridisegnavano le gerarchie sociali e le geografie politiche, tornavano volentieri all'antico, senza però spingersi al punto da ostacolare il nuovissimo e collaudato dispositivo della monarchia amministrativa.

I sovrani che erano stati deposti hanno appena avvertito il mondo franargli sotto, hanno conosciuto le storie di altri regnanti mandati al patibolo come i più ignobili grassatori, di folle inferocite e affamate, di diritti e concessioni reclamati sulla punta dei forconi o al battere infuocato dei cannoni. Pochi decenni, avvertiti come il volgere di un'era geologica, in cui ad essere *sacrilegamente* violato era il potere ricevuto per diritto di nascita e custodito come il più sacro attributo dei due corpi del Re. Per non dire delle armate marciare oltre i sacri confini dei regni, o delle corone aggiudicate secondo il capriccio di un piccolo ufficiale di artiglieria che aveva preteso di farsi imperatore. Hanno vissuto tutto questo come il propagarsi di una peste che ha falciato esistenze ma, ancor peggio, che ha posto fine a un ordine plurisecolare, ne ha contestato la naturalità, ha reclamato al posto di quella una nuova idea di natura e di società. In qualche caso hanno sentito persino di governanti che pronunciavano la parola Costituzione. Il che deve essere apparso quasi come un albero che avesse invocato la scure che se ne stava acquattata nell'ombra, pronta ad abbattearlo (quell'albero) per farne legna da ardere.

Per dirla con Walter Benjamin, il tempo omogeneo e vuoto degli orologi riguadagnava il suo spazio, cancellando con un colpo di penna il tempo pregno e gioioso del calendario rivoluzionario. Era necessario