

Lukas Staffler

Recensione a C.-F. Stuckenberg, K.F. Gärditz, *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, pp. 862

La tradizione scientifica di pubblicare raccolte di saggi in onore di illustri esponenti della scienza penale tedesca non costituisce soltanto un'importante occasione per lo sviluppo del sapere giuridico, ma soprattutto uno strumento utile per ottenere un quadro complessivo sulle attuali discussioni nella materia penale. In tale ottica si presenta la raccolta di studi in onore di Hans-Ulrich Paeffgen, pubblicata dagli allievi in occasione del 70° compleanno del maestro, celebre studioso di diritto penale sostanziale e processuale, nonché filosofo di diritto dell'Università di Bonn.

Già dal titolo dell'opera, ossia *Pena e processo nello Stato di diritto liberale*, si desume la ricchezza del profilo scientifico dell'illustre penalista che è noto al lettore tedesco innanzitutto per i suoi lavori profondamente documentati e schiettamente critici, che in tempi recenti vengono prevalentemente pubblicati nel commentario al codice penale tedesco della casa editrice *Nomos*, un'opera di particolare prestigio curata dallo stesso Paeffgen in qualità di membro del comitato editoriale, di cui fanno parte anche i professori Kindhäuser e Neumann.

Il lettore italiano, invece, rammenta probabilmente un capolavoro di Paeffgen sul tema dell'imputazione dell'evento in relazione ai delitti aggravati dall'evento nel diritto tedesco, pubblicato nella raccolta di scritti a cura di Alfonso M. Stile nel volume *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza* del 1989.

Gli studi in onore di Paeffgen si compongono di quarantasette saggi redatti da illustri esponenti tedeschi e sono raggruppati in cinque sezioni che rispecchiano *in quo modo* gli interessi scientifici del festeggiato: I. Principi fondamentali della scienza penalistica; II. Diritto penale Parte generale; III. Diritto penale Parte speciale; IV. Diritto penale processuale; V. Temi internazionali.

Aprire la prima parte, dedicata ai *Principi Fondamentali della Scienza Penale*, il saggio di Michael Pawlik (p. 13-30), il quale analizza le innovazioni dogmatiche della teoria generale del reato, in una prospettiva evolutivo-temporale, al fine di delineare la relazione intercorrente tra lo sviluppo di taluni istituti dogmatici e i problemi di natura storico-filosofica che gli studiosi *illo tempore* si sono posti. Di seguito, Detlev Sternberg-Lieben (p. 31-48) analizza l'attitudine critico-selettiva del concetto di bene giuridico nei confronti del legislatore, nell'ottica del *persona-*

les Unrecht, sviluppando il proprio discorso attraverso l'analisi del bene giuridico nel delitto di vilipendio religioso ai sensi del § 166, co. 1, c.p. tedesco. Successivamente, Stephan Stübinger (p. 49-80) affronta la definizione sostanziale di "reato" nella sua dimensione di violazione di un obbligo, di un diritto ovvero di un bene giuridico e conclude, dopo l'ampia ricostruzione di queste tre categorie dottrinali dal XVII secolo fino alle concezioni odierne, con talune osservazioni critiche sulla persistente indeterminatezza del *Verbrechensbegriff*. Il contributo di filosofia del diritto intitolato *Il diritto e la menzogna* di Rainer Zaczky (p. 81-96) è dedicato all'analisi del breve saggio di Immanuel Kant *Su un presunto diritto di mentire per amore degli esseri umani*, pubblicato nel 1797, in cui l'Autore delinea alcuni paradigmi della filosofia kantiana nella prospettiva del divieto di mendacio. Nel proprio contributo criminologico, Klaus-Stephan von Danwitz (p. 97-110) analizza il fenomeno della violazione della legge penale da parte di persone anziane e riflette sulla quantità, qualità e sulla genesi di tale tipo di delinquenza. Infine, Wolfgang Löwer (p. 111-126) riflette sugli aspetti strettamente metodologici della *scientia iuris* e sulle regole di una "buona prassi" scientifica.

La seconda sezione dell'opera sulla *Parte generale del Diritto penale* si compone di dieci capitoli. Urs Kindhäuser (p. 129-151) apre la sezione con alcune osservazioni sulla dottrina frankiana del divieto di regresso, per analizzare successivamente i contenuti dei due concetti eziologici di "causazione" e di "condizionamento". Il contributo di Wolfgang Schild (p. 153-176) riguarda la costruzione dogmatica dell'adeguatezza sportiva, finalizzata a propugnare nuovamente ed entro certi limiti – sviluppando la concezione già esposta nel 2002 – un settore di libertà punitiva. L'elemento volitivo del dolo eventuale, cioè l'accettazione della verifica dell'evento, viene esaminato da Friedrich Toepel (p. 177-191), che prende in considerazione, tra l'altro, alcune sentenze italiane sui casi *Thyssen-Krupp* ed *Eternit*. Il contributo di Klaus Lüderssen (p. 193-203), intitolato *Errore e colpevolezza*, è dedicato al caso *Pistorius*, in cui, da un punto di vista dogmatico, sono presenti allo stesso tempo l'errore sul nesso causale nonché l'*aberratio ictus*. Successivamente, gli autori Volker Erb (p. 205-220), Günther Jakobs (p. 221-230) e Franz Streng (p. 231-245) affrontano il tema della causa di giustificazione putativa (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), rispettivamente nell'ottica dell'errore sulla legge penale, del profilo di antigiuridicità e, infine, di elementi di accessorietà nel concorso di persone nel reato. Tale tematica viene integrata da un saggio di Lothar Kuhlen (p. 246-254) sui casi che appartengono alle situazioni del c.d. "doppio errore", cioè le situazioni in cui un errore di fatto (o di antigiuridicità) è contemporaneamente accompagnato ad un errore di diritto, come nel caso del bracconiere che abbatta una donnola credendo che sia un topo (errore di fatto), ritenendo che i topi siano animali cacciabili (errore di diritto inverso). Di seguito, nell'ambito del recesso dal tentativo, Claus Roxin (p. 255-265) difende la propria teoria della "considerazione complessiva" dei singoli fatti del delitto tentato (*Ge-*

sambetrachtungslehre) contro la teoria avversaria, promossa invece da Paeffgen, che valuta separatamente gli atti singoli del tentativo (*Einzelaktstheorie*). Michael Hettinger (p. 267-283), infine, conclude la sezione sulla *Parte Generale* con un'analisi *de iure condendo* sulle tecniche legislative dei c.d. "casi particolarmente gravi" e sugli "esempi di regola", sviluppati ed introdotti nel codice penale tedesco dopo la riforma nel 1998.

La sezione sulla *Parte speciale del Diritto penale* contiene sette capitoli e viene aperta con il saggio di Jürgen Wolter (p. 287-299) su due fenomenologie criminose, cioè la proliferazione di armi di distruzione di massa e la figura del c.d. "whistleblower", nell'ottica dell'istituto dogmatico tedesco dell'accertamento negativo (*Wahlfeststellung*) nei reati contro lo Stato. Successivamente, Bernd Müssig (p. 301-316) dedica il proprio contributo al tema della riforma dei delitti di omicidio, al fine di difendere, previe talune modificazioni sostanziali del complesso normativo, l'attuale distinzione tra *Mord* e *Totschlag* criticata in dottrina. A ciò si affiancano Ulfrid Neumann (p. 317-329) e Torsten Verrel (p. 331-343), con due contributi sul tema dell'eutanasia, contenenti un'esposizione critica degli argomenti spesi, in tale materia, in seno al dibattito scientifico-penalistico, nonché con una nota critica avverso la penalizzazione del concorso del medico al suicidio liberamente scelto. La fenomenologia casistica della conservazione della refurtiva da parte di un soggetto terzo viene esaminata da Winfried Küper (p. 345-359) nella prospettiva del tentativo di ricettazione. Il contributo di Klaus Rogall (p. 361-376) riguarda la c.d. "teoria d'interessi", sviluppata nell'ambito del diritto penale dell'economia dal *Bundesgerichtshof*, per le ipotesi di bancarotta fraudolenta cagionata da soci o dal responsabile legale della società che cerchi di accaparrarsi e accantonare illecitamente vantaggi economici per il caso di insolvenza. Thomas Vormbaum (p. 377-389) conclude la sezione con l'analisi del bene giuridico e dei possibili soggetti attivi del reato di prevaricazione della legge previsto dal § 339 del c.p. tedesco.

Il complesso di diciannove contributi, raggruppati nella quarta sezione dedicata al *Diritto processuale penale*, rivelano l'interesse del penalista festeggiato per la tematica processualistica, posto che, nel 1986, Hans-Ullrich Paeffgen si abilitò con una monografia sulla dogmatica della carcerazione preventiva e commentò accuratamente le garanzie contenute nella Carta EDU dagli artt. 1 a 8 nel *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. La sezione viene aperta dal contributo di Wolf-Rüdiger Schenke (p. 394-405) sull'inquadramento della competenza legislativa in materia di misure anticipatorie di repressione penale nello Stato federale tedesco e evidenzia, tra l'altro, alcune caratteristiche fondamentali del procedimento penale nella dialettica tra persecuzione e sicurezza. Di seguito, Christoph Gusy (p. 407-422) affronta il tema delle competenze giurisdizionali nell'ambito delle garanzie dei diritti fondamentali e sottolinea l'importanza del ruolo istituzionale del giudice nella ripartizione istituzionale dei poteri nel-

lo Stato di diritto. Frank Zieschang (p. 423-437) indaga le ipotesi d'illegittimità dell'intervento da parte di un c.d. "agente provocatore" e, riflettendo sull'inquadramento dogmatico delle conseguenze processuali da ciò derivanti, propone la seguente soluzione bipartita: solo in casi limite, l'intervento illegittimo è da ritenersi una causa processuale di improcedibilità, mentre di regola esso costituisce una causa personale di esclusione della pena. La pubblicità del processo penale viene ampiamente trattata da Klaus Ferdinand Gärditz (p. 439-482), il quale analizza nel dettaglio la strutturazione e la funzionalità di tale garanzia processuale. Il contributo di Carl-Friedrich Stuckenberg (p. 483-502), dedicato alle situazioni in cui il cittadino è obbligato a cooperare nel procedimento penale, analizza il fenomeno nella dialettica tra sospetto e presunzione d'innocenza. A questa tematica si affianca il saggio di Robert Esser (p. 503-526), che riflette sulla realizzazione della presunzione di non colpevolezza, contenuta nell'art. 6, co. 2, CEDU, al fine di evitare contaminazioni pregiudiziali, nei giudizi che derivano dalla separazione fra procedimenti (c.d. "stralcio"). Heiko Lesch (p. 527-558) affronta il tema dell'accesso da parte del difensore al fascicolo del Pubblico Ministero ed esamina i contenuti di tale garanzia processuale. Successivamente, la sezione contiene tre saggi sulla tematica dell'imputato assente nel processo penale. Il quesito viene aperto dal breve commento di Hans Dahns (p. 559-566) sul problema dell'allontanamento coattivo dell'imputato nel processo penale, nella dialettica tra garanzie processuali dell'imputato e tutela della genuinità dell'esame testimoniale. Dopo ciò, Martin Böse (p. 567-587) e Wolfgang Frisch (p. 589-619) dedicano i propri contributi al procedimento in contumacia nella fase dell'appello e alle problematiche derivanti dalla sentenza della Corte EDU nel caso *Neziraj c. Germania* (8 novembre 2012, n. 30804/07) nell'ottica della garanzia della libertà di scelta del difensore di fiducia contenuta nell'art. 6, co. 3, lett. c), Carta EDU. Tale decisione della Corte EDU viene ripresa da Wolfgang Wohlers (p. 621-636), che svolge un'indagine sul ruolo e sulla funzione del diritto alla nomina di un difensore, per rispondere al quesito se tale ruolo sia limitato all'assistenza tecnica ovvero sia da intendere come vera e propria rappresentanza dell'imputato. Il contributo del giudice del *Bundesgerichtshof* Ralf Eschelbach (p. 637-653) riguarda le varie problematiche del "patteggiamento informale" nella prassi giuridica tedesca. Di seguito, il problema lessicale della presenza di termini giuridici poco precisi viene analizzato da Ingeborg Puppe (p. 654-673), che affronta il margine di valutazione della giurisdizione penale nell'ottica del principio di precisione e tassatività. Helmut Frister (p. 675-685) affronta la competenza del giudice penale a valutare talune circostanze che, fuori dall'ambito dell'antigiuridicità e della colpevolezza, riguardano esclusivamente profili attinenti alla commisurazione di pena, come ad es. il reddito o il patrimonio dell'imputato ai fini del calcolo dei tassi giornalieri per la pena pecuniaria. Il contributo di Klaus Wasserburg (p. 687-702) è dedicato ad alcuni profili della perizia psichiatrica-psicologica e

riguarda, più specificamente, i problematici casi in cui il soggetto destinatario della perizia rifiuta di sottoporsi alla medesima. La questione sulla “violabilità” della dignità del testimone nel processo penale e sui relativi legami con i diritti della personalità viene esaminata da Sabine Gleß (p. 703-717), con uno breve sguardo al diritto processuale svizzero. Mark Zöllner (p. 719-736) delinea la struttura, la terminologia, la storia nonché i profili istituzionali essenziali della tutela della vittima nel processo penale tedesco. L’istituto della revisione costituisce il fulcro d’interesse del saggio di Thomas Fischer (p. 737-755), giudice del *Bundesgerichtshof*, che affronta alcuni problemi prasseologici, tra cui quelli della presunta strumentalizzazione della declaratoria d’inammissibilità da parte della Procura Generale nell’ottica del § 344, co. 2, del c.p.p. tedesco. La sezione processuale si chiude col saggio di Peter Rieß (p. 757-775), che riflette sulle discussioni scientifiche degli anni ’70 e ’80 in Germania sulla riforma dei mezzi di impugnazione.

Infine, la sezione dedicata ai *Temi internazionali* si compone di cinque saggi e viene aperta dal contributo di Christoph Grabenwarter (p. 779-792) sulla conservazione di dati personali nell’ottica della CEDU, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nonché del diritto costituzionale. Successivamente, Frank Meyer (p. 793-814) si dedica all’analisi della giurisprudenza della Corte EDU nei casi di rapimento e trasferimento forzato di persone sospette di appartenere ad organizzazioni terroristiche (c.d. *extraordinary renditions*), per affrontare alcuni profili istituzionali della Corte europea nella sua qualità di giudice di merito, concludendo con alcune considerazioni sull’interdipendenza tra il diritto alla verità e l’accertamento processuale dei fatti. Il saggio intitolato *Germania e il crimine di aggressione* di Claus Kreß (p. 815-828) delinea lo sviluppo storico della fattispecie di “aggressione” e chiude con un commento sull’avvenuto compromesso nella Conferenza di Kampala del 2010 nonché sulle conseguenze per il diritto penale tedesco. L’utilizzazione di droni e di apparecchi per la ripresa termica di immagini viene analizzata in una prospettiva comparatistica da Andreas Ransiek (p. 829-843), che confronta la situazione processuale statunitense con quella tedesca. L’opera si conclude con il breve saggio intitolato *Accusa e giudice* di Friedrich-Christian Schroeder (p. 845-851), dedicato ad una comparazione di sistema tra il principio accusatorio nel processo penale tedesco e quello del rito processuale russo.

L’opera nel suo complesso, di cui si è inteso fornire una sorta di “indice esplicativo”, contiene *in primis* un’ottima immagine speculare del lavoro scientifico di Paeffgen, il quale ha sempre cercato di predicare il rafforzamento delle tutele dell’individuo nei confronti dello Stato. *In secundis*, l’opera è in grado di fornire una panoramica complessiva sui problemi attuali discussi nella scienza penale e processuale tedesca. Un ulteriore punto di forza della raccolta di studi è costituito dall’estrazione eterogenea dei suoi autori (sia accademici, sia magistrati e pratici del diritto), il che arricchisce l’opera di una pluralità di prospettive.

In sintesi, gli studi in onore di Hans-Ullrich Paeffgen, noto per la sua straordinaria capacità argomentativa nonché per l'accuratezza scientifica nell'affrontare la giurisprudenza e la letteratura giuridica (v. Roxin, p. 255), costituiscono una risorsa importante per monitorare gli sviluppi del diritto penale d'Oltralpe.