

Aldo Zanca
I limiti del principio "nullum crimen sine lege"
 Norimberga, Radbruch e dintorni fino a casa nostra

I. *Norimberga*

La domanda è: «Che si fa quando emergono fatti che offendono gravemente la coscienza collettiva, che sono stati commessi nel passato in tempi in cui detti fatti non venivano considerati come crimini ed anzi nei paesi dove erano stati commessi erano consentiti dalle leggi?». Si potrebbe rispondere: «Niente», alla luce del brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, che è un principio della giustizia penale che non ammette eccezioni e quindi vieta tassativamente ogni applicazione retroattiva, escludendo anche l'analogia, cioè il procedimento attraverso il quale vengono disciplinati i casi non espressamente previsti dalla legge mediante l'applicazione agli stessi della disciplina prevista per i casi simili o desunta dai principi generali dell'ordinamento giuridico. Ciò viene sancito dall'art. 25, II comma, della Costituzione: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», nonché dall'art. 1 del codice penale: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Si tratta del più generale principio di legalità che implica una concezione formale del reato, secondo cui è reato solo il fatto previsto come tale dalla legge. Il principio di legalità sta a fondamento di tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi a regime liberaldemocratico e fu solennemente stabilito con l'art. 8 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: «nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata».

A conclusione della seconda guerra mondiale con la sconfitta del nazi-fascismo fu reso noto al mondo l'orrore indicibile del regime hitleriano che non aveva riscontri in nessuna esperienza storica. Ci si trovava di fronte a un caso nuovo e unico, ad una organizzazione statale fondata sull'ideologia della superiorità razziale ed umana del popolo tedesco e sul diritto alla sottomissione degli altri popoli considerati subumani e quindi passibili di ogni violenza e dello sterminio, cosa che avvenne nel territorio della Germania e nei territori conquistati durante la guerra, con scientifica meticolosità e sadico trasporto. Ebbene, il Tribunale di Norimberga che condannò i massimi esponenti della Germania nazista e che rappresentò «uno dei processi più importanti della storia [...] voleva essere l'espressione della coscienza universale»¹, fondò il suo giudizio e la sua sentenza su norme create successivamente alla commissione dei fatti contestati. È vero ciò? È vero che il Tribunale di Norimberga misconobbe un fondamentale principio giuridico della legge penale o la violazione del principio di irretroattività della legge penale può trovare giustificazione per superiori esigenze di giustizia? La Giuria di Norimberga replica così:

Bisogna osservare che la massima *nullum crimen sine lege* non è una limitazione di sovranità ma è, *in generale un principio di giustizia*. Affermare che è ingiusto punire quelli che, in violazione dei trattati e di precise assicurazioni internazionali, hanno attaccato Stati limitrofi, senza alcun preavviso, non corrisponde ovviamente al vero, giacché chi attacca deve sapere che sta commettendo un illecito; lungi dall'essere ingiusto punirlo, sarebbe, piuttosto, ingiusto mandarlo esente da pena. [E il capo dell'accusa Robert Jackson aveva precedentemente affermato:] Il privilegio di aprire il primo processo nella storia per crimini contro la pace porta con sé una pesante responsabilità. Le colpe che noi siamo chiamati a condannare e a punire sono state così freddamente calcolate, così diaboliche, così devastanti che la civiltà non può tollerare che vengano ignorate, perché la stessa non potrebbe sopravvivere qualora fossero ripetute.

La Corte di Norimberga poté superare la difficoltà della questione della retroattività delle sanzioni ed eluderne il divieto, sostenendo l'incriminazione in base ai diversi trattati internazionali che, seppur non tutti ratificati dalla Germania nazista, lo erano stati da un numero così alto di altri Stati così da elevarli a rango di consuetudini internazionali, vincolanti per la Germania stessa.

I generi di reati contestati erano tre: 1. crimini contro la pace; 2. crimini di guerra e 3. crimini contro l'umanità. Di questi crimini soltanto gli ultimi erano nuovi e senza precedenti. Per quanto riguarda i crimini di guerra, furono considerati tali soltanto quelli non dettati da necessità militari che potevano manifestare una volontà malvagia e che non potevano essere giustificati da nessuna concezione della guerra e che, al contrario, erano indipendenti dalla logica bellica e rientravano in una politica di oppressione e sterminio iniziato prima della guerra e che sarebbe continuata dopo di essa. Crimini contro l'umanità furono considerati quelli che si commettono e si possono commettere solo sotto un regime criminale e uno Stato criminale, quale era il nazismo. L'orrore di Auschwitz appariva diverso da ogni

¹ F. De Fontette, *Il processo di Norimberga*, Editori Riuniti, Roma 1977, p. 7.

atrocità commessa nel passato, i crimini commessi apparivano diversi non solo per gravità ma anche nella loro essenza: «Fu quando il regime nazista dichiarò di voler non soltanto scacciare tutti gli ebrei dalla Germania, ma fare sparire tutto il popolo ebraico dalla faccia della terra, fu allora che prese forma il crimine nuovo, il crimine contro l'umanità, nel senso di delitto commesso contro la condizione umana ovvero contro il complesso degli esseri umani»². Il processo affermò che «gli stermini e le crudeltà non furono commessi unicamente allo scopo di schiacciare la resistenza» ma facevano parte di «un piano per sbarazzarsi di intere popolazioni indigene». Si trattava di crimini che, nella loro specificità, non avevano precedenti e che non potevano essere assimilati ad altri crimini per quanto efferati: «a Norimberga, da un lato si dichiarò che il “crimine contro la pace” era il più grave di tutti, nel senso che comprendeva in sé tutti gli altri, ma dall'altro la condanna a morte fu pronunciata soltanto contro coloro che avevano partecipato al nuovo crimine del massacro amministrativo»³, cioè compiuto dallo Stato in forza delle sue leggi.

Dal 1946 al 1949 si svolsero altri dodici processi, noti come “processi secondari di Norimberga”, davanti a tribunali militari statunitensi e non più a quello internazionale. Furono imputate per crimini di guerra circa duecento persone, classificate per professione (medici, avvocati, giudici, industriali ecc.) attive nelle sfere politiche, economiche e sociali della Germania nazista. I difensori contestarono la legittimità del processo invocando il principio di irretroattività. L'eccezione fu respinta asserendo che i crimini contestati rappresentavano una violazione di leggi internazionali preesistenti, quali la Convenzione dell'Aja, di Ginevra e il Patto Briand-Kellogg. I legali replicarono notando che questi trattati non erano vincolanti per Germania, Italia e Giappone in quanto non li avevano ratificati. Il Tribunale definiva i criminali nazisti come *hostes generis humani*. Si crearono così nuove leggi per punire vecchi crimini basati su presupposti “naturalisti”, cioè su quei principi di carattere generale, le “leggi non scritte”, che fondano il vivere civile, ritenendoli retroattivi, applicabili cioè anche al passato quando quei reati non esistevano.

I tentativi di riconoscere e di proteggere in tempo di guerra un nucleo di diritti della persona costituiscono precedenti che hanno contribuito alla formazione di una cultura giuridica in vista di uno *jus in bello* per moderare e regolamentare i comportamenti delle parti durante le ostilità. Si possono ricordare i provvedimenti di Riccardo II d'Inghilterra nel 1385, Ferdinando d'Ungheria nel 1526, Massimiliano II d'Asburgo nel 1570, Gustavo Adolfo di Svezia nel 1621. Celebre è il caso di Peter von Hagenbach, comandante delle truppe del duca Carlo di Borgogna, che nel 1474 fu processato e condannato a morte per crimini contro le “leggi di Dio e dell'uomo” commessi durante l'occupazione della città di Breisach. Ai nostri fini la vicenda è particolarmente significativa perché per giudicare von Hagenbach fu formata una corte *ad hoc* composta da 28 giudici provenienti da quattro paesi diversi: un vero e proprio tribunale internazionale. Durante la guerra di secessione il presidente Lincoln nel 1863 emanò il codice Lieber per la punizione dei crimini di guerra. «La codificazione su base nazionale, che prese avvio dalla seconda metà dell'800, si sviluppò a livello internazionale con l'elaborazione di un insieme di convenzioni che, insieme a norme consuetudinarie, si preoccuparono di sanzionare determinate condotte e di imporre agli Stati la repressione. Tale corpo normativo è all'origine dell'attuale diritto dei conflitti armati o diritto internazionale umanitario»⁴.

Il trattato di Versailles del 1919 enunciò il diritto delle potenze vincitrici di giudicare e punire chi avesse commesso gravi violazioni delle leggi e degli usi di guerra, e la Germania si impegnava a consegnare i responsabili per essere processati dal tribunale dei vincitori. Ma il governo tedesco rifiutò di consegnare gli accusati, che furono consegnati al Tribunale supremo tedesco, il quale, a conclusione del processo che si svolse a Lipsia nel 1921, irrogò pene modeste ad alcuni e assolse molti altri, «ma sulla base del Trattato di Versailles, per la prima volta riconobbe valido il principio della responsabilità penale dei militari che si erano resi responsabili di crimini nel corso della guerra»⁵. Il trattato di Versailles prevedeva che i vincitori avrebbero istituito un tribunale speciale per giudicare l'imperatore Guglielmo II di Hohenzollern «per il supremo crimine contro la moralità internazionale e la santità dei trattati». Tuttavia il processo non ebbe mai luogo perché l'Olanda, presso cui il Kaiser aveva trovato asilo, si rifiutò di estradarlo. Ma, osserva Hannah Arendt, «il reato contestato al Kaiser non era la guerra, ma la violazione dei trattati – nel caso specifico la violazione della neutralità del Belgio»⁶.

Inoltre nel 1920 i vincitori stipularono con la Turchia il trattato di Sèvres, che tra l'altro attribuì ad ogni potenza il diritto di giudicare i responsabili del massacro degli Armeni. Il trattato però non entrò mai in vigore.

² H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano 2001, p. 275.

³ Ivi, p. 295.

⁴ G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino 2000, p. 3.

⁵ V. Aymone, *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in A. Tarantino e R. Rocco (a cura), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano 1998, p. 226.

⁶ H. Arendt, *La banalità del male*, cit., p. 262.

Nel 1928 Aristide Briand, ministro degli esteri francese, e Frank Kellogg, segretario di Stato americano, concepirono un trattato multilaterale di rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale nelle reciproche relazioni tra Stati e di risoluzione delle controversie tra di essi⁷. «È anche vero – fa notare Hannah Arendt – che il patto Briand-Kellogg dell'agosto 1928 condannò la guerra come strumento di politica nazionale, ma il patto né conteneva un criterio per stabilire che cos'è un'aggressione, né accennava a sanzioni, a prescindere dal fatto che il sistema di sicurezza che il patto doveva rafforzare crollò prima ancora che scoppiasse la guerra»⁸. Nel 1937 la Società delle Nazioni approvò una convenzione per istituire una Corte Penale Internazionale per processare i futuri responsabili di reati di terrorismo, ma tale convenzione non raggiunse mai il numero di ratifiche necessarie per l'entrata in vigore.

Nell'aprile del 1940 i governi di Francia, Inghilterra e Polonia denunciarono le violenze naziste contro il popolo polacco, in particolare contro la comunità ebraica. Nell'ottobre del 1941 il presidente americano Roosevelt denunciò i crimini commessi dai nazisti e Winston Churchill dichiarò che uno degli scopi della guerra era la punizione dei criminali nazisti. Già nel corso della guerra c'era la convinzione che era necessario pensare all'istituzione di un tribunale per giudicare i colpevoli. La dichiarazione di Saint James del 13 gennaio 1942 indicò come obiettivo fondamentale bellico la punizione dei capi nazisti ponendo «l'esigenza di una procedura giudiziaria e l'idea che la responsabilità dei crimini non doveva essere ascritta solo a coloro che ne erano stati gli autori materiali, ma anche a chi, per gli ordini che impartì, ne fu il responsabile morale»⁹. Qualche mese dopo il governo britannico auspicò che la procedura giudiziaria si potesse realizzare senza ricorrere a provvedimenti creati *ad hoc*, in sostanza che non fosse violato il principio *nullum crimen sine lege*. Infatti nella conferenza di Mosca Roosevelt, Churchill e Stalin dichiararono: «nel momento in cui sarà concesso l'armistizio al governo tedesco, gli ufficiali e i soldati tedeschi, e i membri del partito nazista, responsabili o complici delle atrocità dei massacri e delle esecuzioni [...] saranno consegnati ai paesi in cui hanno commesso i loro abominevoli atti, per essere giudicati e puniti secondo le leggi di quelle nazioni [...] I tedeschi che hanno partecipato alle fucilazioni in massa degli ufficiali polacchi, degli ostaggi francesi, norvegesi [...] sappiano che saranno condotti sulla scena dei loro misfatti e giudicati sul posto dai popoli che hanno martirizzato [...] I criminali di guerra tedeschi i cui crimini non siano localizzabili geograficamente saranno puniti dai governi alleati con un verdetto comune»¹⁰.

Continuarono a confrontarsi anche vivacemente le opinioni intorno alle modalità in cui appariva più opportuno operare¹¹ ma alla fine, l'8 agosto 1945, gli alleati raggiunsero l'Accordo di Londra, che istituì il Tribunale Militare Internazionale e il relativo Statuto, che ne definiva contenuti giuridici e regole procedurali.

Carl Schmitt sostiene che la guerra di aggressione non è mai stata considerata dal diritto e dalla consuetudine internazionale reato penalmente perseguibile, e che è impossibile giudicare colui che si è macchiato di crimini che tali non sono al momento della commissione dell'atto. Schmitt cita Hobbes a sostegno della sua tesi:

egli [Hobbes] fu il primo a sostenere l'ingiustizia insita nella retroattività delle leggi penali e a superare l'indifferenza che il diritto naturale aveva dimostrato verso questo principio»¹². Il passo citato dice: «un danno inflitto per un'azione compiuta prima che ci fosse una legge che la proibisse, non è punizione ma atto di ostilità, poiché prima della legge non v'è trasgressione della legge. Perciò un danno inflitto prima che la legge fosse fatta non è una pena ma un atto di ostilità»¹³. [...] Nessuna legge fatta dopo che sia stato compiuto un fatto può rendere quello un delitto; perché se il fatto è contrario alla legge di natura, la legge era già prima del fatto, ed una legge positiva non può essere conosciuta prima che sia promulgata, e perciò non può essere obbligatoria¹⁴.

Il rigetto della nozione di *guerra di aggressione* e di quella correlata di *guerra giusta* deriva in Schmitt dalla sua concezione generale della guerra il cui cardine giuridico era la nozione di *justus hostis*, che conferiva

⁷ Il patto fu sottoscritto a Parigi da 15 Stati e nel 1939 vi aderivano 63 Stati.

⁸ H. Arendt, *La banalità del male*, cit., p. 262

⁹ F. De Fontette, *Il processo di Norimberga*, cit., p. 28.

¹⁰ Ivi, p. 29.

¹¹ Churchill nei mesi precedenti la fine della guerra prospettò questa soluzione: il diritto consuetudinario britannico conosceva sin dal Medioevo l'istituto legale della *felony*, in base al quale un rappresentante dello Stato poteva dichiarare “fuorilegge” o “bandito” un criminale anche in contumacia; questi – a seguito di tale dichiarazione – poteva essere legalmente ucciso da chiunque lo avesse successivamente catturato.

¹² C. Schmitt, *I trecento anni del Leviatano*, 1954, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, Antonio Pellicani Editore, Roma 2003, p. 232.

¹³ T. Hobbes, *Il Leviatano*, Laterza, Roma-Bari 1992, p. 256.

¹⁴ Ivi, p. 242.

legittimità alla guerra interstatale condotta dai sovrani europei, titolari di eguali diritti, compreso quello di fare la guerra come legittimo strumento della politica estera. I belligeranti «si rispettavano come nemici e non si discriminavano come criminali, cosicché una conclusione pacifica era possibile, anzi rimaneva persino la normale, ovvia conclusione della guerra»¹⁵. Nel sistema giuridico internazionale che è lo *jus publicum europaeum*, che si è instaurato in Europa con la pace di Vestfalia nel 1648 ponendo fine alla guerra dei Trent'anni, è stata superata, secondo Schmitt, la concezione della medievale guerra giusta e quindi della criminalizzazione della guerra di aggressione. Non è dato sapere come Schmitt avrebbe applicato questi concetti in un giudizio del tipo di politica e di guerra che aveva condotto il terzo *Reich*, tenendo conto che, in base agli schemi schmittiani, Hitler avrebbe condotto una guerra di aggressione legittima contro diverse entità statali, compiendo durante la loro occupazione innumerevoli e gravissimi crimini di guerra e contro l'umanità, non solo contro le truppe nemiche ma anche contro la popolazione civile, in particolare contro ebrei, comunisti, omosessuali, handicappati e zingari. Tutto ciò avrebbe dovuto essere dimenticato invocando il *nullum crimen sine lege*.

Invece afferma Kelsen: «non c'è alcuna regola di diritto internazionale consuetudinario generale che inibisca l'approvazione di norme con forza retroattiva»¹⁶ e «comunque [...] esso è valido all'interno dei diritti solo con importanti eccezioni»¹⁷. Kelsen sottolinea che

la regola che esclude la legislazione retroattiva è basata sul più generale principio che nessuna legge dovrebbe essere applicata ad una persona che non conosceva la legge al momento in cui si comportava in modo contrario ad essa. Ma c'è un altro principio generalmente accettato, opposto al precedente, secondo cui l'ignoranza della legge non scusa. Se la conoscenza di una legge non retroattiva è effettivamente impossibile – come a volte è il caso, in quanto la supposizione che ognuno conosca la legge vigente è una finzione – allora non c'è differenza, psicologicamente, tra l'applicazione di una legge non-retroattiva e l'applicazione di una legge retroattiva, che è considerata meritevole di obiezioni perché si applica a persone che non la conoscevano e non potevano conoscerla. [...] In tal caso la legge applicata al delinquente ha effetti retroattivi, sebbene non fosse giuridicamente in vigore nel momento in cui il delitto è stato commesso¹⁸.

[...] anche se le atrocità sono coperte dal diritto interno o costituiscono un atto iure imperii dello Stato e quindi non sono fonte di responsabilità penale individuale, esse sono certamente patenti violazioni dei principi di moralità generalmente riconosciuti dai popoli civilizzati e pertanto non erano, almeno, moralmente innocenti o neutre quando sono state compiute. Inoltre, in tutti i casi in cui viene in rilievo il divieto di irretroattività nell'accertamento delle responsabilità dei criminali di guerra, dobbiamo tenere a mente che questa regola va osservata in quanto principio di giustizia e che [...] tale principio è frequentemente in competizione con un altri principi di giustizia, cosicché l'uno può limitare l'altro. È logico che il principio che è meno importante deve lasciare il posto a quello più importante. Non c'è alcun dubbio che, secondo l'opinione pubblica del mondo civilizzato, è più importante portare alla sbarra i criminali di guerra che rispettare, nel loro processo, il principio di irretroattività, che ha un valore meramente relativo e dunque non è mai stato riconosciuto indiscriminatamente¹⁹.

Davanti alle mostruosità dei crimini dei nazisti, che erano perfettamente consapevoli dell'immoralità delle proprie azioni, il principio di irretroattività soccombe in favore del principio di giustizia: «la giustizia richiede la punizione di questi uomini, nonostante che per il diritto positivo essi non fossero punibili nel momento in cui posero in essere atti poi resi sanzionabili con forza retroattiva. Nel caso in cui due postulati di giustizia siano in conflitto l'uno con l'altro, prevale il più alto; e punire coloro i quali erano moralmente responsabili per il crimine internazionale della seconda guerra mondiale può certamente essere considerato come più importante che osservare la regola che si oppone alle leggi *ex post facto*, aperta del resto a così tante eccezioni»²⁰. Tant'è che, come fa notare Giuliano Vassalli²¹, il principio *nullum crimen sine lege* risultava estraneo agli ordinamenti giuridici di tre delle quattro potenze che formavano la giuria di Norimberga, cioè Regno Unito, Usa e Urss, dove quindi si impiegava l'analogia e quindi si poteva risolvere il problema di potere applicare una norma per punire un reato cui non corrispondeva una norma specifica vigente al momento della commissione del fatto.

¹⁵ C. Schmitt, *Teoria del partigiano*, Adelphi, Milano 2005, p. 19.

¹⁶ H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p. 118.

¹⁷ H. Kelsen, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, 1947, "Nuovi Studi Politici", a. XIX, ottobre-dicembre 1989, p. 109.

¹⁸ Ivi, p. 110.

¹⁹ H. Kelsen, *The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals*, "The Judge Advocate Journal", n. 3, 1945, cit. in G. Puglisi, *La clausola di Norimberga*, Giappichelli, Torino 2021.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. Vassalli, "Nullum crimen sine lege", in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, pp. 1173-1177.

Kelsen tuttavia espresse osservazioni molto critiche nei confronti della sentenza del Tribunale Internazionale Penale di Norimberga e dell'Accordo di Londra che lo aveva istituito. Kelsen prende spunto dall'affermazione del giudice Jackson secondo cui la sentenza del processo fissa un "precedente giudiziale" in virtù del quale nessuno potrà più «negare o mancare di riconoscere che i principi di base ai quali i capi nazisti sono stati condannati a morte costituiscono diritto, diritto con una sanzione». Osserva Kelsen: «Il giudizio di Norimberga, anche se fosse completo di tutti i requisiti formali di un vero precedente, difficilmente potrà essere considerato meritevole di essere seguito: perché vi sono alcune serie obiezioni nei riguardi dell'appropriatezza del diritto sia sostanziale sia processuale che vi è stato applicato»²². Ciò non smentisce l'opinione precedentemente espressa circa la «necessità, per il mantenimento della pace internazionale, dell'istituzione di un tribunale penale con giurisdizione obbligatoria, competente a giudicare i crimini contro la pace e dei crimini di guerra». Kelsen precisa: «Un vero precedente deve avere forza coercitiva», ma «non c'è regola di diritto internazionale generale che conferisca alla decisione di un tribunale internazionale il potere di fissare precedenti coercitivi»²³. Sulla questione del principio di irretroattività Kelsen afferma: «La regola che esclude la legislazione retroattiva è limitata al diritto penale, e non si applica se la nuova legge è più favorevole alla persona imputata. Essa non si applica al diritto consuetudinario e al diritto creato da un precedente, in quanto tale diritto è necessariamente retroattivo nei riguardi del primo caso al quale è applicato»²⁴.

Sostiene Hannah Arendt che «la sua retroattività [dei crimini contro l'umanità] viola solo formalmente, non concretamente, il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, dato che questo principio ovviamente vale soltanto per le azioni note al legislatore; ma quando improvvisamente compare un crimine di tipo nuovo, come il genocidio, la giustizia esige una sentenza conforme a una nuova legge; nel caso di Norimberga questa nuova legge fu la Carta (l'accordo di Londra del 1945)»²⁵.

Questo il giudizio di Piero Calamandrei sulla sentenza di Norimberga:

Qualche anima bennata si sente offesa e impietosa dinanzi a queste forche e a questi giustiziati. [...] Come si è potuto condannarli se non c'erano leggi prestabilite, né pene comminate, né garanzia di giudici imparziali? Quello che lo Stato permette, o addirittura premia, non può essere delitto. Torturare, stuprare, evirare, adoprare uomini e donne come cavie da vivisezione, cremarli vivi per estrarne utili sostanze chimiche, tutto questo era fatto per la più Grande Germania [...]. Chi obbediva a quelle leggi, compieva per la nazione il suo dovere di cittadino.

Secondo Calamandrei, non sarebbe stato possibile, di fronte a

milioni di martirizzati innocenti adottare cautele che avrebbero trasformato la legge in sterile legalismo. Esistevano, al contrario, imperative esigenze morali che rinviavano alle leggi dell'umanità, le stesse cui Antigone chiedeva si prestasse ascolto. Leggi non scritte che hanno cominciato ad affermarsi, nella funebre aula di Norimberga, come vere leggi sanzionate: l'"umanità" da vaga espressione retorica, ha dato segno di voler diventare un ordinamento giuridico. Né sarebbe potuto servire a frenare tale approccio il pensiero di una giustizia amministrata dai vincitori, una giustizia disposta a dimenticare la bomba atomica e i bombardamenti a tappeto sulle città tedesche, giacché Norimberga aveva dimostrato che la spietata inumanità è sempre esposta al castigo, qualunque sia il campo da cui proviene»²⁶.

Anche Giuliano Vassalli esprime un giudizio positivo sul processo di Norimberga, sottolineando la «necessità di spogliarsi di formalismo giuridico nella considerazione del principio *nullum crimen sine lege* e in particolare del principio di retroattività della legge penale. Si tratta di principi che vanno valutati da un punto di vista teleologico, in relazione cioè al fine che la loro osservanza deve conseguire in una società bene ordinata [...] Il principio di irretroattività è formalmente violato perché il *nullum crimen sine praevia lege poenali* abbraccia tutti gli elementi del reato e non quello materiale soltanto. Ma ciononostante la funzione preventiva e intimidatrice della pena a cui il principio vuole rispondere, è pienamente adempiuta. Una serie infinita di testimonianze ci dice che gli odierni criminali [...] avevano piena conoscenza dell'indegnità delle loro azioni e quanto meno delle conseguenze che li attendevano, in linea di diritto, in caso di una sconfitta»²⁷.

²² H. Helsen, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, cit., p. 109.

²³ Ivi, p. 108.

²⁴ Ivi, p. 110.

²⁵ H. Arendt, *La banalità del male*, cit., p. 261.

²⁶ P. Calamandrei, *Le leggi di Antigone*, "Il Ponte", II, novembre 1946, p. 933.

²⁷ G. Vassalli, *I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione*, in Id., *La giustizia penale internazionale*. Studi, Milano, 1995, p. 9 ss.

A proposito di Schmitt che si erge a paladino dello Stato liberale, Pier Paolo Portinaro osserva: «abbastanza curioso è semmai che su questo punto Schmitt e la sua scuola abbandonino il decisionismo e passino ad abbracciare il tanto vituperato normativismo, attestandosi sulla difesa di un principio oltre il quale dovrebbe andare chiunque voglia superare una concezione normativistica dello Stato di diritto»²⁸. Schmitt aveva infatti contrapposto al principio *nullum crimen sine lege* la massima *nullum crimen sine poena*, esaltandola, in riferimento a leggi naziste, come vero e unico principio di giustizia²⁹. Lo stesso Hobbes, prima richiamato da Schmitt a sostegno della sua tesi, sembra contraddirlo: «L'ignoranza della legge di natura non scusa l'uomo, poiché si suppone che ogni uomo, il quale abbia acquisito l'uso della ragione, sappia che egli non deve fare ad altri quello che non vorrebbe che fosse fatto a sé. Perciò, dovunque egli vada, se un uomo fa qualche cosa contraria a quella legge, è un delitto»³⁰.

Secondo Vassalli in tutti e tre i casi di imputazione è possibile riscontrare la violazione di una o più norme internazionali *preesistenti*. Ciò vale per i crimini contro la pace (guerra di aggressione), per i crimini di guerra, ma anche per i crimini contro l'umanità che rappresentavano la categoria per certi aspetti più nuova dal punto di vista formale. La violazione del diritto internazionale costituisce un illecito penale che ha (dovrebbe avere) come conseguenza l'applicazione di una sanzione da parte di una corte internazionale. Dice Vassalli:

è doveroso riconoscere che nelle norme del diritto internazionale, al quale ci si richiama, non si rinvencono né le incriminazioni né le pene né le regole di procedura. Ma questo non basta ancora per definire i processi sinora intervenuti come illegittimi alla stregua del diritto internazionale. [...] negare l'esistenza di un diritto internazionale penale, nel senso del complesso di norme contenenti incriminazioni, sanzioni, regole di procedura ecc. nei confronti di fatti illeciti commessi da individui o da stati, non significa automaticamente negare la esistenza di una potestà punitiva di uno o più Stati nei confronti di quei medesimi fatti³¹.

L'importante è che esista il *precepto* di diritto internazionale violato dallo Stato e dai suoi dirigenti e che di tale violazione vi sia chiara coscienza da parte di chi ha commesso la violazione. L'idea di Vassalli è che l'Accordo di Londra e l'annesso Statuto abbiano messo per iscritto il diritto internazionale preesistente, anche se la punizione dei crimini contro la pace sollevava il problema del contrasto con il principio di irretroattività delle norme penali nella misura in cui la pena riguardava individui. Pensava però Vassalli che era opportuno che le pene venissero comminate per consentire che future incriminazioni avessero effetto. D'altra parte, a riguardo dei crimini contro l'umanità non ci sarebbe violazione del principio di irretroattività grazie alla loro connessione con i crimini di guerra, prevista espressamente dallo Statuto. Sull'intera vicenda del processo di Norimberga già nel 1946 così si esprime Vassalli:

Chi scrive [...] è convinto sostenitore della legittimità dell'odierno giudizio in tutta la sua portata e riconosce che esso non solamente rappresenta una delle costruzioni giuridiche meno eccezionabili e comunque più degne di seria attenzione da parte d'ogni studioso, ma sta anche a simboleggiare la rivolta dello spirito umano contro l'insufficienza del formalismo giuridico, la riaffermazione dei valori umani del diritto, la riduzione del diritto stesso alla sua verace funzione di strumento di progresso e di bene per l'intero genere umano³².

II. La formula di Radbruch

Erbert L.A. Hart, commentando la sentenza della Corte d'Appello del Land di Bamberg del 1949, che condannò una donna che aveva denunciato il marito sulla base di una legge nazista, criticò la sua

²⁸ P.P. Portinaro, *Introduzione* a H. Quartsch, *Giustizia politica*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 15-16.

²⁹ C. Schmitt, *Nationalismus und Rechtsstaat*, "Juristische Wochenschrift", n. 63, 1934, pp. 713-714. Innegabilmente il pensiero schmittiano condivide l'ideologia del nazismo (vedi L. Albanese, *Schmitt*, Laterza, Roma-Bari 1996, pp. 54-64; A. Salvatore, *Sul buon uso di Carl Schmitt in filosofia (politica)*, "Politica & Società", n. 3, settembre-dicembre 2015). Nel *Nomos della terra* Schmitt, illustrando la dissoluzione dello *jus publicum europaeum*, a un certo punto sfuma e sospende la trattazione nell'evidente imbarazzo di non potere fare i conti col nazismo e con Hitler, che non vengono mai citati nelle 460 pagine del libro, e di pronunciarsi sui crimini inenarrabili commessi dal nazismo. Schmitt non ha mai pronunciato una parola di pentimento, dopo il 1945, della sua adesione al nazismo e soprattutto di una condanna verso il genocidio degli ebrei. Ancora nel 1949 Schmitt scriveva: «Gli Ebrei infatti restano sempre Ebrei, mentre il comunista può migliorare e trasformarsi. [...] Proprio l'Ebreo assimilato è il vero nemico. Non ha alcun senso volere dimostrare la falsità del detto dei saggi di Sion (*Glossarium*, Giuffrè, Milano 2001, p. 25).

³⁰ T. Hobbes, *Il Leviatano*, cit., p. 241.

³¹ G. Vassalli, *In tema di «diritto internazionale penale»*, "Giustizia penale", 1951, I, pp. 107-108.

³² G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, "Mondo europeo", II, n. 47, 1946.

motivazione che asseriva che la legge nazista invocata dalla donna era «contraria ad ogni sana coscienza e al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso». Sostiene Hart che la Corte «pur accogliendo la possibilità teorica che le leggi potessero essere prive di valore giuridico se contrarie al diritto naturale, ritenne di fatto che la legge nazista in questione non l'avesse violato. L'imputata [che aveva denunciato il marito di avere fatto osservazioni sprezzanti contro Hitler] fu ritenuta colpevole di illecita privazione della libertà altrui perché non aveva alcun obbligo di informare le autorità, ma lo fece per motivi di interesse puramente personale, anche se avrebbe dovuto rendersi conto che in quelle circostanze il suo comportamento era contrario alla sana coscienza e al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso». Hart afferma:

Vi erano altre due vie da seguire. Una era quella di lasciare impunita la donna, e senz'altro questo non sarebbe stato giusto. L'altra era di punire la donna ma a condizione che avvenisse per opera di una legge apertamente retroattiva, e dunque con la piena coscienza di quale fosse il valore giuridico sacrificato per potere assicurare la sua punizione. Infatti per quanto odiosa possa essere considerata una legge penale con effetti retroattivi, l'averla apertamente invocata avrebbe avuto in questo caso il merito della franchezza, così si sarebbe presentato il dilemma di dovere scegliere fra due mali: o lasciare impunita la donna per il crimine commesso; o punirla sia pure a costo di sacrificare un prezioso principio di ordine morale che è posto a fondamento della maggior parte dei sistemi giuridici³³.

Per il nostro argomento un caso molto interessante, che sollevò un'ampia discussione, è quello delle guardie del Muro³⁴. Si tratta dei processi per omicidio volontario a carico delle guardie che, a partire dall'erezione del muro di Berlino nel 1961 fino al suo abbattimento nel 1989, uccisero coloro che tentavano la fuga verso la parte occidentale della città scavalcando il muro. In particolare ci si riferisce al processo di due guardie che nel 1984 uccisero un ventenne e che furono condannate una a un anno e mezzo di libertà condizionata e l'altra a un anno e nove mesi di reclusione. La sentenza venne appellata presso la Suprema corte e confermata e su di essa intervenne anche la Corte costituzionale. Il caso mostra come gli argomenti espressi dalla Corte suprema, dal collegio di difesa e dalla Corte costituzionale si richiamassero rispettivamente a concezioni contrastanti del diritto e che svolgessero ragionamenti giuridici diversi. Secondo la Corte suprema il caso, secondo il Trattato di riunificazione, andava deciso applicando il diritto vigente nell'ex Repubblica Democratica Tedesca al tempo della commissione del fatto. Per contro l'operato delle guardie appariva giustificato dal comma della *Legge sui confini*: «l'uso di armi da fuoco [da parte dei funzionari di sorveglianza] è giustificato per impedire il superamento attuale del confine o la continuazione di un delitto che, date le circostanze del caso, si configuri come reato». La condotta delle due guardie era così espressamente consentita dalla legge allora in vigore nella DDR e quindi esse non potevano essere ritenute penalmente sanzionabili per l'uccisione del giovane. I giudici tuttavia conclusero che la norma violasse i più elementari parametri di giustizia e i principi di umanità riconosciuti dalla comunità internazionale, e che tale norma era prodotta da un diritto in contrasto con la giustizia. Il ragionamento dei giudici si è svolto sulla scorta della cosiddetta "formula di Radbruch"³⁵ che prevede:

Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto potrebbe essere risolto in questo modo: il diritto posto dall'autorità legittima deve prevalere anche quando ha un contenuto ingiusto o non è coerente col fine perseguito. In talune situazioni accade tuttavia che il conflitto tra il diritto positivo e la giustizia diventi a tal punto intollerabile che la legge, in quanto diritto ingiusto, deve lasciar posto alla giustizia. Non è possibile tracciare una linea di demarcazione netta tra la situazione in cui una legge è contraria al diritto e quella in cui una legge, sebbene dotata di un contenuto ingiusto, rimane non di meno valida. Una diversa distinzione, questa volta assai netta, può essere tuttavia tracciata nei casi in cui la giustizia non venga in alcun modo perseguita e l'uguaglianza, che costituisce il nucleo fondamentale della giustizia, venga deliberatamente negata, lì la legge non solo diventa "diritto ingiusto" ma perde la sua stessa natura di diritto³⁶.

La norma in questione, sulla base della suddetta formula, andava oltre i limiti di tollerabilità morale e non poteva essere applicata non potendo produrre alcun effetto giuridico. Cadeva quindi la causa di giustificazione e le due guardie dovevano essere condannate per omicidio volontario. Gli avvocati della

³³ H.L.A. Hart, *Il Positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 148 e 150.

³⁴ D. Canale, *Conflitti pratici*, Laterza, Roma Bari 2017, pp. 62 ss.

³⁵ Su ciò si veda *infra*.

³⁶ Il testo della *Formula di Radbruch* è riportato, anche in lingua originale (in nota), in G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 6-8.

difesa, per converso, invocarono il principio di irretroattività della legge penale, sancito dall'art. 193, II comma, della Legge fondamentale: «Una condotta è punibile penalmente solo nel caso in cui la punibilità sia stabilita per legge prima che la condotta venga tenuta». Le guardie erano state condannate in base ad una norma penale creata *post factum* e pertanto incostituzionale.

Il caso venne sottoposto al vaglio della Corte costituzionale per stabilire se la sentenza fosse in conflitto con il principio della irretroattività della legge penale. Il ragionamento dei giudici riconobbe che il caso dovesse essere deciso applicando il diritto così come esso era stabilito nell'ordinamento vigente, senza ricorrere a principi posti al di sopra di esso. La Legge fondamentale enuncia principi come l'inviolabilità della vita umana e la libertà individuale, che, al contempo, costituiscono valori morali universali e norme giuridiche valide. Sotto questo profilo la sentenza dunque risultava legittima, ma bisognava stabilire, adottando la tecnica del bilanciamento, se essa violava il principio di irretroattività della legge penale, anch'esso enunciato dalla costituzione. Secondo la Corte però la sentenza non violava il principio di irretroattività, poiché la disposizione dell'art. 103 andava interpretata sulla base del sistema costituzionale nel suo complesso e così il principio di irretroattività si presenta come un principio giuridico per la tutela dei principi supremi dello Stato costituzionale di diritto. Oltre al *principio democratico* e al principio del *principio della separazione dei poteri*, il *principio di soggezione del legislatore alla costituzione* impone che una norma di legge che entri in conflitto coi principi costituzionali risulta invalida e deve essere annullata. La DDR non era uno Stato costituzionale di diritto dove non erano rispettati i suddetti principi, talché invocare il principio di irretroattività della legge penale a tutela delle disposizioni di uno Stato autoritario, significava rinnegare la funzione di tale principio all'interno del sistema costituzionale per farne uno strumento di ingiustizia. Alla luce di tale ragionamento, per i giudici la sentenza della Corte suprema non violava l'art. 103. Per converso, l'art. 25, II comma, della *Legge sui confini* violava i principi fondamentali di sacralità della vita e di libertà individuale sanciti a livello internazionale fin dalla fine della seconda guerra mondiale.

La Germania riunificata dovette affrontare un grosso problema: che atteggiamento assumere verso quei fatti commessi sotto il regime comunista della ex DDR che risultavano manifestamente ingiusti, pur essendo al momento della loro commissione imposti o consentiti? Si trattava di decidere se lasciare impuniti i responsabili di quegli atti commessi in vigenza di leggi che li giustificavano, oppure di punirli, utilizzando la citata formula di Radbruch. In particolare ci si riferiva a tre casi eclatanti e intollerabili di "ingiustizia legale": quello dei magistrati dei processi farsa svoltisi tra aprile e luglio 1950; quello dei membri della famigerata Stasi e quello, di cui si è già detto, delle guardie di frontiera per gli omicidi commessi sul muro di Berlino di coloro che cercavano di fuggire.

La celebre formula è stata presentata da Radbruch nell'articolo del 1946 intitolato *Ingiustizia legale e diritto sopralegale*, di cui abbiamo riportato già il punto centrale. La formula vuole proporsi come uno strumento di ragionamento giuridico per fornire legittimità alla punizione dei criminali nazisti, applicando il principio che dove l'ingiustizia è assolutamente intollerabile, il diritto positivo cede il passo al diritto naturale e la certezza del diritto alla giustizia, perché «la giustizia del diritto positivo raggiunge una tale misura da far sì che la certezza del diritto, garantita dal diritto positivo, non ha più alcun peso». Il giudice non si può limitare ad applicare la legge positiva ai casi concreti, ma ne deve valutare la conformità ai principi di giustizia, cioè ai diritti fondamentali dell'uomo, che oggi si trovano positivizzati nella Carte costituzionali e nelle Convenzioni internazionali. Così, se una norma, un complesso di norme o anche un intero sistema normativo risulta in contrasto con tali valori, può essere considerata intollerabilmente ingiusta e quindi retroattivamente non valida. Prima dell'enunciazione della formula Radbruch dice:

la certezza del diritto non è l'unico valore e neanche quello decisivo la cui realizzazione il diritto debba promuovere. Accanto alla certezza del diritto si presentano piuttosto altri due valori: l'utilità e la giustizia. Nella gerarchia di questi valori dobbiamo mettere l'utilità della legge per il bene comune all'ultimo posto. In nessun modo è diritto "tutto ciò che è utile al popolo". Piuttosto, in ultima analisi, al popolo è utile solamente ciò che è diritto, ossia ciò che produce certezza del diritto e persegue la giustizia. Dove sorge un conflitto fra certezza del diritto e giustizia, fra una legge oppugnabile contenutisticamente ma positiva e un diritto giusto ma non ancora versato in forma di legge, si ha a che fare in realtà con un conflitto della giustizia con se stessa: un conflitto tra giustizia apparente e giustizia reale.

Secondo Radbruch il diritto positivo, per il solo fatto di essere tale, realizza il valore della *certezza del diritto* che costituisce il punto di equilibrio tra le esigenze dell'*utilità sociale*. Per tale ragione, il diritto positivo non potrà venire disatteso neppure qualora risultasse *relativamente* ingiusto o incongruo rispetto agli scopi di utilità sociale. Però il diritto positivo potrà e dovrà prevalere, in quanto comunque valido ancorché ingiusto, *solo* a condizione che l'ingiustizia di cui esso è latore non raggiunga una *misura intollerabile*. A quel punto il diritto positivo sarà a tal punto ingiusto da risultare invalido, e dovrà perciò cedere ad una superiore (sovralegale) istanza di giustizia. Radbruch riconosce la difficoltà di individuare la

soglia dell'intollerabilità dell'ingiustizia del diritto positivo, e quindi completa la suddetta formula asserendo che almeno un confine evidente vi sarebbe: se il diritto positivo deliberatamente negasse quell'eguaglianza (formale) che costituisce il nucleo stesso della giustizia, non ci si troverebbe più in presenza un diritto ingiusto, ma ad un non-diritto, quale era quello che aveva instaurato il terzo *Reich*, i cui giudici applicavano senza esitazione in quanto aderenti acriticamente alla dottrina giuspositivistica. Radbruch si sforzò di trovare

una giustizia superiore, ma non per questo propriamente 'naturale' (essendo considerata in parte significativa già positivizzata o comunque positivizzabile), che si riteneva di non poter (più) demandare al diritto positivo degli Stati nazionali (resi sempre più insicuri – nell'esercizio dei propri poteri coercitivi legali – proprio a causa della nascita, dopo Norimberga, di un vero e proprio sistema di giustizia penale internazionale). [...] è come se essa fosse stata tarata sull'eccezionalità della c.d. giustizia di transizione, e sin qui considerata (labile) copertura argomentativa atta a dissimulare il reale contenuto *morale* di decisioni adottate da individui che si riconoscevano in un *nuovo* ordinamento sociale e si trovavano *di fatto* investiti di poteri decisionali in grado di revocare in dubbio il diritto positivo su cui si sorreggeva il precedente ordinamento sociale³⁷.

La formula non deriva da una concezione puramente giusnaturalistica del diritto ma piuttosto da quella corrente di pensiero che Robert Alexy ha definito della "connessione debole" tra diritto positivo e diritto naturale³⁸. Tale posizione riconosce validità assoluta al diritto positivo, ad eccezione dei casi di estrema ingiustizia in cui deve cedere al diritto naturale. In questo contesto per giusnaturalismo bisogna intendere questo: esiste un nucleo intangibile di valori costituito dai «principi del comportamento umano considerati inattaccabili, che si sono formati nel corso dei tempi in tutti i popoli civili su un terreno di comuni concezioni etiche di fondo, le quali valgono come vincolanti indipendentemente dal fatto che singole disposizioni di ordinamenti giuridici nazionali sembrino autorizzarne la violazione». In quest'ordine di idee i decreti «che non solo non perseguono fini di giustizia, ma addirittura consapevolmente rinnegano l'idea dell'eguaglianza e in modo madornale disprezzano il valore e la dignità della personalità umana non costituiscono diritto e i comportamenti che vi si uniformano rimangono non diritto»³⁹.

Precisiamo meglio la formula di Radbruch. Esistono tre forme di manifestazione dell'ingiustizia legale: a) la legge *relativamente ingiusta* rimane valida, costituendo un dover essere vincolante per tutti; b) la legge *intollerabilmente ingiusta*, in quanto diritto scorretto, è priva di validità ed è una prima forma di "negazione legale del diritto"; c) la legge *volutamente ingiusta* non è semplicemente diritto scorretto, ma è del tutto priva di natura giuridica e quindi non è affatto diritto ma è un'altra forma di "negazione legale del diritto". Radbruch ha elaborato la sua formula per poter rispondere all'esigenza di "fare i conti con il passato", cioè di poter punire adeguatamente coloro che hanno arrecato somma ingiustizia a un grandissimo numero di esseri umani, tenendo conto che per fare ciò occorre avere a disposizione strumenti logici e giuridici che debbono essere usati *retroattivamente*. Inoltre si deve fare giustizia non potendo fare riferimento a documenti quali le Costituzioni nazionali e le Convenzioni internazionali che avrebbero cominciato a vedere la luce di lì a poco tempo. Infine, «di fronte alla negazione legale del diritto di quei dodici anni trascorsi – dice Radbruch –, dobbiamo cercare di realizzare l'esigenza di giustizia vanificando il meno possibile la certezza giuridica». Il 31 maggio 1946 per la zona della Germania occupata dagli americani fu adottata la *Legge sulla punizione dei fatti di reato nazisti*, secondo cui le persecuzioni commesse sotto il regime nazista «devono essere perseguite se i principi di giustizia, in particolare l'eguaglianza di tutti davanti alla legge, ne esigono la punizione postuma». Si aggiunge che l'individuazione concreta dei fatti sanzionabili deve avvenire rispettando il divieto di retroattività della legge sfavorevole [*in malam partem*] nel senso che possono essere perseguiti solo i fatti punibili «già in base al diritto dell'epoca della loro commissione».

III. L'eredità di Radbruch

Quanto siamo andati dicendo intorno alla formula di Radbruch ha avuto effetti concreti ed evidenti in importanti atti legislativi internazionali. Recita l'art. 7 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*:

Articolo 7 - *Nulla poena sine lege*

³⁷ D. Velo Dalbrenta, *Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, "Criminalia", 2017.

³⁸ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Carocci, Roma 2022.

³⁹ Il riferimento è alla casistica presentata e citata da G. Vassalli, *Formula di Radbruch*, cit., 51 ss.

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Recita l'art. 15 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*:

Articolo 15

1. Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne.

2. Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni.

Recita l'art. 49 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*:

Articolo 49 - *Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*

1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

In tutti e tre questi solenni documenti, rispettivamente del 1950, del 1966 e del 2000⁴⁰, nel loro comma 1 non si fa altro che confermare con la massima enfasi il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ma in tutti e tre i casi, nel loro comma 2, l'affermazione del principio di irretroattività parrebbe depotenziato e relativizzato per lasciare posto alla formula di Radbruch, includendo condotte che al tempo della commissione del crimine non risultano sussumibili in una norma di incriminazione di diritto positivo, ma che si collocano piuttosto all'interno di giudizi di valore negativo dai contorni sfumati e maturati a livello internazionale. Si pone allora il problema se nei delitti più atroci, quali sono particolarmente i crimini internazionali, è lecito al giudice andare oltre il diritto.

Bisognerà innanzitutto chiarire quali possono essere i contesti storici di riferimento all'interno dei quali la norma può (e/o deve) trovare applicazione. La mente va facilmente all'esperienza del nazional-socialismo e di alcune forme di giustizia di transizione⁴¹, quando cioè si tratta di gestire il transito da un regime contrario ai principi di giustizia generalmente riconosciuti ad un regime democratico.

la formula di Radbruch ha senso [...] nel caso speciale in cui ci si trovi di fronte ad un capovolgimento dell'intero sistema politico e che, di conseguenza, si ponga il problema di un giudizio retroattivo su fatti precedentemente commessi. La questione ha una particolare rilevanza nel diritto penale in virtù della sua natura, laddove il principio di legalità, riconosciuto nell'articolo 25 della Costituzione Italiana come nell'articolo 103 secondo comma della Costituzione Tedesca, esclude di fatto ogni applicazione retroattiva del nuovo diritto a fatti e circostanze precedenti. Se si considera questo, diviene anche chiara la specifica funzione della formula radbruchiana: non riconoscere validità alle norme dell'ordinamento giuridico antecedente, — al fine di fondare l'azione

⁴⁰ Nel 2007 la *Carta* è entrata a far parte dei Trattati, assumendone la stessa forza giuridica.

⁴¹ Nell'ipotesi di una sostituzione di sovranità statale su un territorio con un'altra sovranità o di un cambiamento di regime politico sul territorio nazionale, è generalmente ritenuto legittimo che uno Stato di diritto avvii dei procedimenti penali nei confronti delle persone che si sono rese colpevoli di reati sotto un regime precedente. La Guida all'art. 7 della CEDU fornisce un'interpretazione restrittiva del comma 2: «Dai lavori preparatori della Convenzione risulta che si può ritenere che l'articolo 7 § 1 contenga la regola generale della irretroattività e che l'articolo 7 § 2 sia solo una precisazione contestuale della parte di questa norma relativa alla responsabilità, aggiunta per dissipare qualsiasi dubbio sulla validità delle azioni penali avviate dopo la Seconda Guerra mondiale contro gli autori di abusi commessi durante questa guerra. Pertanto, è chiaro che gli autori della Convenzione non intendevano concedere un'eccezione generale alla regola della irretroattività».

penale unicamente sulla parte dell'ordinamento precedente qualificata come valida – e, per questa via, eludere il divieto di retroattività⁴².

Anche in Italia c'è stato un periodo di giustizia di transizione durato dal 1944 al 1953. Il fondamento giuridico fu il decreto legge luogotenenziale n. 159 del 27 luglio 1944 *Sanzioni contro il fascismo*, che all'art. 5 prevedeva: «Chiunque, posteriormente all'8 settembre 1943, abbia commesso o commetta delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato, con qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione col tedesco invasore di aiuto o di assistenza ad esso prestata, è punito a norma delle disposizioni del Codice penale di guerra». Si evince che i reati che si intendevano perseguire non erano quelli compiuti durante il regime fascista, e inoltre che l'espressione "collaborazione col tedesco invasore" minimizzava la responsabilità dei reparti e delle bande della RSI rispetto all'esercito tedesco. Con decreto legislativo luogotenenziale n. 142 del 22 aprile 1945 furono istituite le Corti d'Assise straordinarie per processare gli accusati dei seguenti crimini: rastrellamenti, in particolare della popolazione civile, partecipazione a incendi e distruzioni, collaborazione allo spoglio di opere d'arte o alla rapina di beni; partecipazione alla deportazione di ebrei; partecipazione a plotoni d'esecuzione, partecipazione a tribunali speciali della RSI, sevizie ai danni di civili e partigiani, delazione nei confronti di civili e partigiani, attuazione di forme di collaborazionismo economico. Dal luglio 1944 al dicembre 1952 ci furono: 5928 condannati per collaborazionismo, di cui 259 condannati a morte. Furono eseguite 91 sentenze di morte mentre per gli altri 168 la condanna a morte non fu eseguita per amnistia o grazia.

Tra amnistie e indulti dal 1944 al 1949 furono emanati 24 provvedimenti di clemenza, cioè uno ogni tre mesi, di cui beneficiarono 5328 fascisti. Il provvedimento più famoso fu l'amnistia di Togliatti del 22 giugno 1946. Tra gli esponenti di rilievo della RSI pochi subirono condanne pesanti. Pietro Pisenti, ex ministro della giustizia della RSI, fu processato e assolto, e il ministro delle Forze armate Rodolfo Graziani, condannato nel 1950 a 19 anni di reclusione di cui 13 anni e 8 mesi condonati, fu rimesso in libertà in quello stesso anno. Gaetano Azzariti, già presidente del Tribunale della razza, riabilitato da Togliatti, rimase prima a capo dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, per essere nominato nel 1955 giudice costituzionale e dal 1957 al 1961 fu presidente della Corte costituzionale. Carlo Alliney fu nominato nel maggio 1944 capo di gabinetto nell'Ispettorato della razza col compito di inasprire le leggi antisemite del 1938. Ciononostante, nel 1968 venne nominato presidente di sezione della corte di appello di Milano. Mario Baccigalupi, in magistratura dal 1931, fu il vero teorizzatore dell'edificio giuridico razziale italiano. Nonostante la sua forte personale compromissione nella costruzione di quel sistema legislativo, fu prosciolto in prima istanza e dunque rimase in servizio in cassazione fino al 1965.

Nel corso degli ultimi tre decenni del Novecento, oltre quelli di cui si è già parlato, un nutrito gruppo di paesi degliti da un regime liberticida e antipolare a un regime democratico. Nel 1983 l'Argentina si liberò della dittatura di Videla, nel 1990 fu la volta del Cile ad abbattere la dittatura di Pinochet. Nel 1985 l'Uruguay ripristinò la democrazia e nel 1993 il Sudafrica abolì l'*apartheid*. In Grecia nel 1974 ebbe fine la dittatura cosiddetta dei colonnelli, mentre in Spagna il regime franchista fu abbattuto nel 1975. Nel 1991, alla caduta del regime sovietico, Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria, Romania, Bulgaria, Estonia, Lettonia e Lituania furono liberi di scegliere il regime democratico. A questi si potrebbero aggiungere altri casi. Si tratta di paesi che, in modo o in un altro, hanno dovuto fare i conti col passato e comminare punizioni a chi li aveva governati fino ad allora sotto un ordinamento legale ingiusto⁴³.

Occorrerà chiarire la natura dei *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili* come riferimento per l'applicazione della norma, che si presenta con caratteristiche di vaghezza tali da impegnare un accurato sforzo di interpretazione. In qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaramente sia formulata una disposizione giuridica, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria.

[L']attuale comma 2 art. 7 CEDU [è] una formula ideata per risolvere quei problemi che una troppo rigida osservanza dei principi di legalità e di certezza del diritto produrrebbe in relazione a norme frutto di regimi antideocratici e segnate da profonda ingiustizia. Stante la fortuna che essa ha ottenuto in Germania dopo il crollo dell'URSS, appare allora forse possibile ipotizzare che la norma CEDU derivata non abbia esaurito la sua portata con la fine dei processi del dopoguerra⁴⁴.

⁴² B. Schünemann, *Per una critica della cosiddetta formula di Radbruch*, "i-lex", n. 13-14, 2011, (www.i-lex.it).

⁴³ Per una panoramica globale delle esperienze di giustizia di transizione: G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2013; sulla magistratura italiana e il fascismo: A. Meniconi e G. Neppi Modona, *L'epurazione mancata*, il Mulino, Bologna 2022.

⁴⁴ L. Bin, «Formula di Radbruch», *principio di irretroattività e lex mitior*, www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2014.

Così afferma la Cassazione Penale, sez. II, nella sentenza dell'11 febbraio 2016: «appare infatti evidente che la dizione contenuta nell'art. 7 C.E.D.U., comma 2, vada riferita ad ogni crimine che per la sua particolare gravità ed efferatezza costituisca violazione delle regole di comune convivenza esistenti all'interno dell'unione europea [...]. Il delitto di strage [per es.] in quanto violazione basilare delle regole di convivenza degli stati europei non può divenire non procedibile per effetto dell'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo altrimenti comportando una violazione dei diritti fondamentali che la stessa convenzione intende garantire». La presunta contraddizione tra i due commi dell'art. 7 CEDU si può comporre considerando il comma 2 come un'*eccezione nella regola* e non un'*eccezione della regola*. Il principio di legalità appare più solido nei confronti dei crimini ordinari e, per converso, più sfumato nei confronti dei *crimina iuris gentium*, i quali sono quelli che, dalla vicenda del nazismo in poi, sollevano maggiore allarme per la coesistenza pacifica dei popoli⁴⁵. Al giorno d'oggi esiste un *corpus* ampio e articolato di norme di diritto internazionale, che però rischiano di perdere in tutto o in parte la loro efficacia quando si ponga mente alla debolezza degli strumenti di intervento, cioè allo scarso riconoscimento delle Corti poste a presidio del rispetto delle stesse norme internazionali, come è dimostrato plausibilmente dalle vicende di questi giorni⁴⁶.

Allo stato delle cose, la punizione *ex post* di un *crimen iuris gentium* potrebbe apparire perfettamente legittima ove, tenendo conto del diritto pattizio e consuetudinario già esistente, apparissero chiari i principi e le sanzioni posti anteriormente alla commissione dei fatti, principi e sanzioni che semmai sarebbero da specificare solo da un punto di vista tecnico e procedurale. Secondo Antonio Cassese: «prima di tutto, si deve guardare alle norme contenute nei trattati internazionali, ovvero a quelle contenute in quegli strumenti giuridici internazionali come le risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite [...]. Quando tali norme manchino del tutto, ovvero, pur se esistenti, siano lacunose o insufficienti, si deve fare ricorso al diritto consuetudinario o ai trattati internazionali cui si fa esplicito o implicito riferimento nelle norme sopra menzionate. Nell'ipotesi in cui anche il ricorso a questo insieme di norme generali o di disposizioni pattizie si sia rivelato inutile, vanno applicati i principi generali»⁴⁷.

Sconfitto a carissimo prezzo il nazifascismo e restaurata la pace, sin dall'inizio del secondo dopoguerra si aprì una stagione di vivace creazione di diritto interno e internazionale rivolto contro la guerra e alla tutela dei diritti umani in tutte le sue forme come base di ogni ordinamento giuridico. Vediamone alcune tappe sul fronte del diritto internazionale. Del 1945 è la Carta o Statuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, che pone al suo centro il bando della guerra di aggressione e la tutela della pace:

Articolo 1, comma 1

I fini delle Nazioni Unite sono:

Mantenere la pace e la sicurezza internazionale, ed a questo scopo: prendere efficaci misure collettive per prevenire e rimuovere le minacce alla pace e per reprimere gli atti di aggressione o le altre violazioni della pace, e conseguire con mezzi pacifici, ed in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale, la composizione o la soluzione delle controversie o delle situazioni internazionali che potrebbero portare ad una violazione della pace.

Articolo 51

Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure prese da Membri nell'esercizio di questo diritto di autotutela sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quell'azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale.

Del 1948 è l'approvazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani,

Le Nazioni Unite hanno contribuito in modo fondamentale al processo di positivizzazione dei diritti umani, contribuendo a creare progressivamente un quadro giuridico internazionale in grado di tradurre, in termini vincolanti per gli Stati anche dal punto di vista formale, gli enunciati della Dichiarazione. L'Assemblea Generale delle NU adottò nel 1966 due distinti Patti internazionali sui diritti civili e po-

⁴⁵ Il libro di G. Puglisi, *La clausola di Norimberga*, Giappichelli, Torino 2021, riporta una corposa rassegna di sentenze emesse dalla Corte E.D.U. applicando l'art. 7, comma II, della CEDU, delle quali si spiegano i ragionamenti sottostanti.

⁴⁶ Ci si riferisce, per esempio, al caso *Almasri*.

⁴⁷ A. Cassese, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, il Mulino, Bologna 2006, p. 29.

litici e sui diritti economici, sociali e culturali, che costituiscono la base per la formazione di un Codice universale dei diritti umani, formato insieme ad alcune altre Convenzioni.

Ad oggi esiste ormai un ampio e articolato patrimonio di norme di diritto internazionale per cui si può affermare che il problema di creare e di applicare norme retroattive non si pone più, se non per sporadici e limitati casi particolari. Su questa base sono stati istituiti i Tribunali internazionali per i crimini di guerra per la ex Jugoslavia (1993) e per il Ruanda (1994) e poi la Corte Penale Internazionale dell'Aja (approvata a Roma nel 1998 ed entrata in vigore nel 2002). I primi due erano tribunali *ad hoc* e come tali sono stati sciolti una volta compiuto il mandato. In questo caso è stato pienamente rispettato il principio del *nullum crimen sine lege*, in quanto i procedimenti si sono svolti avendo ormai alle spalle un'abbondante normativa specifica e una precisa tipizzazione dei crimini contestati. Certamente non è stato rispettato il principio del giudice naturale precostituito per legge. Viceversa la CPI è un tribunale permanente competente ad indagare e a giudicare gli individui accusati di tutti i crimini internazionali, ad eccezione della guerra di aggressione per le ragioni di cui diremo. Quindi, dal momento della sua entrata in carica, la CPI è un giudice naturale precostituito per legge, rispettando tutti i criteri giudiziari richiesti dallo Stato di diritto. Lo Statuto della CPI ribadisce all'art. 22 il principio del *nullum crimen sine lege*:

1. Una persona è penalmente responsabile in forza del presente Statuto solo se la sua condotta, nel momento in cui viene realizzata, costituisce un crimine nella giurisdizione della Corte.
2. La definizione dei crimini è di stretta interpretazione e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, la definizione deve essere interpretata a favore della persona indagata, imputata o condannata.
3. Il presente articolo non impedisce che una condotta sia qualificata come crimine secondo il diritto internazionale indipendentemente dal presente Statuto.

Il comma 3 intende precisare che si possono individuare crimini oltre il perimetro rigidamente definito della giurisdizione della CPI.

Bisogna apertamente riconoscere che in tempi recenti, con l'avanzata di un'ondata di destra a livello internazionale (momentaneamente culminata con l'avvento al potere di Donald Trump), si è verificata una resistenza della politica per arginare l'evoluzione del discorso a tutela dei diritti e contro i crimini internazionali e del conseguente ruolo di intervento assunto dalle giurisdizioni europee, una resistenza che si evidenzia quasi come un aperto scontro istituzionale, ma anche con il contemporaneo rifiuto di andare avanti con le progressive cessioni di sovranità nella prospettiva dell'integrazione dell'Unione Europea. Di ciò costituisce un recente esempio la mancata adozione, nel 2023, del "Codice dei crimini internazionali", ossia della normativa di attuazione degli obblighi assunti dallo Stato italiano con lo Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale, e la decisione di stralciare dalla bozza l'intero settore dei crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio.

L'impatto di questa scelta sullo scenario internazionale è diventato evidente anche alla pubblica opinione dopo l'emissione, da parte della Corte penale internazionale, dei mandati d'arresto a carico di Vladimir Putin, il 17 marzo 2023, e, più recentemente, a carico di Benjamin Netanyahu, il 21 novembre 2024 [e del generale libico Almasri il 18 gennaio 2025]. L'irritazione manifestata da molte Cancellerie europee per i provvedimenti della Corte penale internazionale riflette, in fondo, la stessa indisponibilità a consentire alla giurisdizione di emettere decisioni vincolanti a conflitti ancora in corso, così sovrappo-
nendosi alle valutazioni strategiche delle guide politiche degli Stati, le quali hanno reagito cercando di neutralizzare il carattere vincolante di quelle decisioni. In Italia, ad esempio, i mandati d'arresto della Corte penale non sarebbero, oggi, facilmente eseguibili, proprio a causa della mancanza di una normativa sostanziale e processuale di attuazione dello Statuto di Roma, che disciplini specificamente l'arresto su mandato della Corte e la procedura di consegna con le relative garanzie. Il punto di rottura è sempre lo stesso: la Corte penale internazionale è infatti nata per garantire una giurisdizione universale, permanente e indipendente dagli Stati sui crimini di guerra, contro umanità e contro la pace, a tutela delle vittime civili dei conflitti e in particolare delle vittime vulnerabili⁴⁸.

Nel testo della sentenza di Norimberga e nelle intenzioni dei giudici del Tribunale la "guerra di aggressione", come fattispecie principale della categoria dei "crimini contro la pace", sembra dunque chiaramente concettualizzata, anche se enunciata in termini molto generali e senza una specificazione degli elementi soggettivi della condotta criminale. La guerra di aggressione – una guerra che non sia dunque puramente difensiva – è non solo un crimine internazionale, ma [...] è "il crimine internazionale supremo" in quanto concentra in sé tutte le conseguenze negative della guerra. Penalmente responsabili di

⁴⁸ F. Felice, *Stati nazione e Stati giurisdizione. L'Europa al bivio*, www.questionegiustizia.it. Su questo tema: C. Meloni, *Giustizia universale?*, il Mulino, Bologna 2024.

questo “crimine supremo” sono tutti coloro che incitano alla guerra e tutti coloro che la decidono o la combattono in quanto personalmente responsabili⁴⁹.

La risoluzione dell'11 dicembre 1946 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha fatto propri i principi enunciati nello Statuto e nella sentenza del Tribunale di Norimberga, che può essere considerata oggetto di una norma consuetudinaria. Nell'agosto 1949 l'Etiopia chiese all'Italia di estradare i marescialli Pietro Badoglio e Rodolfo Graziani come criminali di guerra, assumendo il processo di Norimberga come un precedente giudiziario internazionale. L'Etiopia intendeva sottoporli al giudizio di un Tribunale internazionale, composto in maggioranza da giudici non etiopici, che avrebbe seguito i principi e le procedure previste nello Statuto del Tribunale di Norimberga. La richiesta non ebbe alcun esito⁵⁰.

Per quanto riguarda i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, le Convenzioni di Ginevra del 1949 hanno creato un sistema repressivo che prevede che ogni Stato che abbia ratificato le convenzioni è tenuto a ricercare, arrestare e processare le persone accusate di gravi violazioni del diritto internazionale, oppure a consegnarle ad un altro Stato che ne reclami l'estradizione. Inoltre le Convenzioni di Ginevra hanno introdotto l'istituto della “giurisdizione universale”, che consente a qualsiasi Stato contraente di processare un soggetto indipendentemente dalla nazionalità della vittima o del reo, e dal luogo dove sia stato commesso il crimine. Infine, con una Convenzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, entrata in vigore nel novembre del 1970, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità sono stati dichiarati imprescrittibili. Nulla di tutto questo è mai stato previsto per il crimine di aggressione.

Lo Statuto della CPI, che contempla il crimine di aggressione, nega però che la Corte possa esercitare la propria giurisdizione su detto crimine finché l'assemblea degli Stati che abbia ratificato lo Statuto e non abbia adottato una norma che, emendando lo Statuto medesimo, definisca il crimine di aggressione. Gli Stati Uniti hanno lavorato per limitare i poteri e l'autonomia della Corte, riuscendo a fare introdurre una norma che attribuisce al Consiglio di Sicurezza dell'ONU il potere di chiedere la sospensione a sua discrezione per un anno (la richiesta può essere reiterata all'infinito) una iniziativa della procura della Corte se ritenuta inopportuna. Gli Stati Uniti, peraltro, non hanno ratificato lo Statuto della Corte e da anni operano con notevole successo per ostacolarne l'attività, fino all'imposizione, in concomitanza col caso Almasri, di sanzioni nel febbraio 2025 a carico dei componenti della corte limitandone pesantemente i poteri di indagine.

IV. *Il pendio scivoloso*

Un ciclo storico, iniziato alla fine della seconda guerra mondiale, si è concluso. Questo ciclo è stato caratterizzato profondamente dalla volontà di imprimere una svolta ai destini dell'umanità, facendo i conti con il passato e costruendo un modello di coesistenza pacifica dei popoli e dei loro Stati basato su un'intelaiatura di norme di diritto internazionale. Tale progetto ha subito forti limitazioni, non solo a causa della Guerra fredda (1945-1989), ma anche e soprattutto perché tale diritto è stato creato, ad eccezione di debolissimi tentativi in senso contrario, privo di strumenti coercitivi accettati da tutti i paesi aderenti all'ONU. Non si è voluto abbandonare l'assetto sovranista e anarchico degli Stati e si è a mano a mano accantonata la prospettiva giuridica universalistica aperta da Norimberga in poi e che si rifletteva nelle Costituzioni nazionali e nelle Convenzioni internazionali. Per raggiungere questi risultati è stata rifiutata una concezione ristretta del normativismo giuridico ed è stato accettato di problematizzare principi giuridici ritenuti intoccabili, quale il principio *nullum crimen sine lege*, pur di rifondare una nuova idea e una nuova funzione del diritto in grado di fornire fondamento a regole di convivenza civile, nazionale e internazionale, orientata alla libertà, all'eguaglianza e alla giustizia sociale. Tale prospettiva consisteva, senza ledere l'autonomia e la certezza del diritto, nell'ancorarlo a valori etici intesi fondamentalmente come ripudio della guerra, come strumento per la risoluzione delle controversie internazionali e come difesa e allargamento dei diritti umani.

Bisogna riconoscere che l'Unione Europea si pone, in quest'ambito, come un'esperienza straordinariamente originale e innovativa. Partita secondo una logica economico-commerciale, rapidamente, anche grazie agli interventi incisivi della sua Corte di giustizia, ha assunto le caratteristiche politiche di un tentativo *in progress di federalismo centripeto e aperto*. Infatti l'UE costituisce un diritto di tipo particolare rispetto al diritto internazionale. Mentre le norme del diritto internazionale si rivolgono esclusivamente ai soggetti internazionali, quelle del diritto dell'UE hanno come destinatari sia gli Stati membri, sia i soggetti di diritto interno, quindi anche gli individui. Esse hanno caratteri propri tanto del diritto inter-

⁴⁹ D. Zolo, *Il doppio binario della giustizia penale internazionale*, www.juragentium.org.

⁵⁰ Alcide De Gasperi, democristiano, era il Presidente del consiglio e Giuseppe Grassi, liberale, il Ministro della Giustizia.

no, quanto del diritto internazionale. Inoltre l'UE è dotata di un sistema sanzionatorio e coercitivo, le sue norme si pongono su un piano superiore a quelle degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e i regolamenti (si chiamano così ma sono leggi a tutti gli effetti), per il solo fatto della loro emanazione a livello comunitario, sono direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

Come l'UE, finché non diverrà una vera ed effettiva federazione, finora poggia, in fondo, sull'accordo degli Stati che ne fanno parte (i "signori dei Trattati"), così vi sono alcune condizioni fondamentali che possono permettere un efficace funzionamento delle grandi organizzazioni internazionali, soprattutto due: la riconosciuta legittimità loro e del sistema internazionale che formano, e la disponibilità almeno dei principali Stati a operare tramite tali organizzazioni, accettando anche una limitazione, se non una cessione, della loro sovranità.

Si tratta di condizioni che in modi diversi sono largamente venute meno nel corso degli ultimi anni. La speranza che con la fine della guerra fredda si potesse consolidare un nuovo ordine internazionale, fondato sul primato del diritto e su modalità consensuali e multilaterali di gestione e risoluzione delle crisi, si era andata spegnendo già nel corso degli anni Novanta del 20° secolo⁵¹.

Si intuisce che tale crisi trova la sua origine nella crisi dei maggiori Stati che sono i soggetti del sistema del diritto internazionale. Vale il brocardo *simul stabunt vel simul cadent*. È venuto meno l'interesse (se mai c'è stato) alla cooperazione per la soluzione dei problemi e alla realizzazione di progetti comuni. Di ciò è una testimonianza eclatante il programma di Trump e, al suo seguito, dei *leader* populistici e sovranisti di tutto il mondo. Al deterioramento delle condizioni della democrazia liberale nei vari paesi corrisponde l'indebolimento delle organizzazioni internazionali private del patrocinio degli Stati. C'è anzi una dichiarata volontà di frenarle e sopprimerle per ritornare ad una situazione addirittura anteriore alla creazione della Società delle Nazioni. C'è, in particolare, all'interno degli Stati e nel consesso internazionale, la tendenza a liberarsi di ogni vincolo giuridico, cioè del potere giudiziario, da parte del potere politico.

Molti segnali lasciano prevedere che scopo dell'attuale governo sia di ridurre la Magistratura a docile strumento per la rapida e sicura realizzazione dei propri intendimenti. Essendo fuori luogo l'ipotesi di imporre un brutale e cieco normativismo giuspositivistico, si sta tentando di modificare l'ordinamento del corpo giudiziario⁵², in modo che esso, rinunciando alla propria indipendenza e tradendo il proprio mandato costituzionale, si renda permeabile e arrendevole agli orientamenti del potere esecutivo. Siamo già lungo un pendio scivoloso, di cui abbiamo parlato prima⁵³. Aperta la prima crepa, la separazione delle carriere tra la Magistratura requirente e quella giudicante, gli ulteriori passaggi, abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale e sganciamento del Pubblico Ministero dalla giurisdizione, saranno semplici e scontati. Ma questa volta certi principi considerati intangibili verranno violati per separare il diritto dalla morale e per asservirlo ad una politica immorale.

C'è stata una stagione durante la quale, nel nome di principi superiori di giustizia, sono stati sostanzialmente violati essenziali principi del diritto penale. Oggi ci sono governi che, in nome di una sedicente ragion di Stato, violano sia gli uni e gli altri con ostentata disinvoltura e dimostrando fastidio e rifiuto di qualsivoglia controllo. Di fatto tali governi intendono affermare il principio che l'azione politica, in quanto tale, è esente in ogni sua forma da ogni verifica giurisdizionale e, a maggior ragione, pubblica. Gli atti politico-governativi, viceversa, non sono affatto totalmente liberi nel fine e nemmeno *a fortiori* nei mezzi. Secondo la Corte costituzionale, «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto» (Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2012, n. 81). Il principio della separazione dei poteri non può comportare l'irragionevole conclusione che i membri del Governo siano immuni dalla giurisdizione penale ogniqualvolta esercitino le proprie funzioni politiche, che invece devono sempre svolgersi nel quadro della legalità interna ed internazionale.

Il sistema costituzionale di bilanciamento tra i poteri non potrebbe sopportare, nel caso dei reati ministeriali, che il Parlamento possa opporre al potere giudiziario un rifiuto del tutto sottratto al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. Il potere del Parlamento si esercita sulla base di determinati presupposti, il cui rispetto non può essere sottratto al controllo della Corte costituzionale, a pena di uno sbilanciamento del sistema costituzionale di controlli e di bilanciamenti. L'art. 96 Cost. riguarda i reati commessi dai membri del governo, Presidente del consiglio e Ministri. In questo caso la Camera inte-

⁵¹ M. Del Pero, *La crisi degli organismi internazionali*, www.treccani.it/enciclopedia, 2009.

⁵² Le cosiddette riforme portate avanti dall'attuale governo sono infatti indirizzate non al sistema della giustizia ma alla Magistratura.

⁵³ A. Zanca, *Operazione Tridente: assalto alla Costituzione*, "inTrasformazione", n. 2, 2024.

ressata dovrà formulare un vero e proprio giudizio di merito, squisitamente politico, sull'operato del Ministro, soffermandosi non tanto sulla qualificazione della condotta del Ministro in quanto reato (cosa già fatta dal Tribunale dei Ministri nell'atto di richiesta di autorizzazione a procedere), ma dovrà invece indagare i presupposti che l'hanno ispirata, secondo un procedimento logico simile a quello che si sviluppa per la valutazione delle cause di giustificazione, quando si tratta di applicare l'art. 51 c.p., che recita al primo comma: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». Si tratta di una norma speciale permissiva che, ordinando l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, comporta il sacrificio di un diverso interesse penalmente tutelato, autorizza quindi il compimento di fatti specifici e implica la disapplicazione della norma penale incriminante.

Appare chiaro che quando, secondo l'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989 («L'assemblea [...] può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo»), una Camera intende negare l'autorizzazione a procedere, il diniego deve essere sostenuto da un ragionamento articolato con fondate argomentazioni. L'insindacabilità è legittima e giustificata solo se sia adeguatamente motivata e si sia giunti alla decisione finale solo tramite un itinerario logico retto da argomentazioni coerenti nel loro insieme.

In sostanza è ammesso che un membro del Governo, nell'adempimento delle proprie funzioni, commetta un reato a patto che «abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico». Questa esimente deve poter essere spiegata pubblicamente per poterla accettare come giustificazione.

La pubblicità, secondo Kant, costituisce il criterio della ragione per riconoscere subito cosa può essere giudicato conforme o non conforme alla giustizia da un punto di vista sia del diritto che della morale:

se io astraggo da tutta la materia del diritto pubblico, così come i giuristi abitualmente se lo immaginano (secondo i diversi rapporti empiricamente dati degli uomini in uno Stato o degli Stati tra loro), allora quello che mi resta è la forma della pubblicità, di cui ogni pretesa giuridica contiene in sé la possibilità, poiché senza di quella non ci sarebbe alcuna giustizia (la quale può essere pensata solo come conoscibile pubblicamente), e nemmeno quindi alcun diritto, il quale viene concesso solo dalla giustizia⁵⁴

Da ciò deriva che «Tutte le azioni relative al diritto degli altri uomini, la cui massima è incompatibile con la pubblicità, sono ingiuste»⁵⁵. Infatti

una massima che io non posso portare a pubblicità, senza che con questo sia contemporaneamente vanificata la mia intenzione, che deve invece esser tenuta assolutamente segreta per riuscire, e che io non posso confessare pubblicamente senza provocare con questo l'opposizione di tutti al mio proposito, una simile massima non può produrre questa generale e necessaria resistenza se non per l'ingiustizia di cui essa minaccia ognuno⁵⁶

Uno Stato che persegue scopi che contrastano con il senso morale comune deve necessariamente tenere segreto gran parte del proprio comportamento oppure mistificarlo. In queste condizioni l'abuso di potere rischia di diventare prassi ordinaria e si fa avanti la tentazione di cambiare le carte in tavola per non cedere più il potere e usarlo abusivamente e illecitamente. Così può avvenire che la stessa "connessione debole" tra diritto positivo e diritto naturale, cioè il diritto inteso come positivizzazione dei valori contenuti nelle Costituzioni e nelle Convenzioni internazionali, venga meno e ci si imbatta in condotte che non possono trovare alcuna giustificazione.

Per chiarire ciò che stiamo dicendo, possiamo riferirci ad un caso da manuale, che è quello d'attualità del generale libico Almasri, caso che mette in evidenza non solo il modo in cui l'Italia ha instaurato e condotto i rapporti con la Libia, ma anche la considerazione in cui la stessa Italia tiene i propri impegni con gli organismi della giustizia internazionale, il tutto in nome degli interessi economici italiani in Libia e del contenimento dei flussi migratori⁵⁷.

⁵⁴ I. Kant, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano 2006, pp. 95-96.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 96-97.

⁵⁷ Sull'argomento: ISPI, *Le relazioni tra Italia e Libia: interessi e rischi*, luglio 2020, ispionline.it; Osservatorio di Politica internazionale, *La crisi libica e il ruolo degli attori esterni*, luglio 2023, geopolitica.info; affaritaliani.it, *Memorandum Italia-Libia: che cosa c'è scritto nell'accordo tra i due Paesi del 2017*, febbraio 2025, affaritaliani.it; C. Cefaloni, *Lo stato dei rapporti tra Italia e Libia nel caso Almasri*, 7 febbraio 2025, cittanuova.it.

Nel 2017 tra Italia e Libia è stato firmato un *Memorandum*, rinnovato nel 2020 e nel 2023⁵⁸ e tuttora vigente. L'intesa ha lo scopo di controllare i flussi migratori provenienti dalla Libia mediante l'impegno dell'Italia a fornire supporto tecnico ed economico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, tra cui la Guardia costiera e la Guardia di frontiera del Ministero della Difesa libico, ma anche a finanziare azioni di sostegno nelle regioni libiche interessate dal fenomeno migratorio. Si prevede che l'Italia finanzia i centri di accoglienza in Libia per offrire assistenza ai migranti raccolti in mare e riportati indietro. Sono stati stipulati accordi informali fuori da ogni ufficialità ma ampiamente documentati da inchieste giornalistiche e da rapporti delle ONG, fra cui il finanziamento a bande armate e milizie direttamente coinvolte nel traffico di esseri umani. Dietro il paravento del contrasto alle partenze dei migranti è stato raggiunto l'effetto di foraggiare gruppi paramilitari criminali che fanno affari con il traffico dei migranti.

Sostanzialmente il *Memorandum* e gli altri accordi illegali non hanno contrastato le reti criminali ma le hanno alimentate. La Guardia costiera libica, secondo dati dell'ONU, tra il 2017 e 2022 ha riportato in Libia centomila persone, anche donne e bambini, e rinchiusi nei lager dove opera Almasri. All'interno di queste strutture, definiti centri di accoglienza, si verificano abitualmente torture, stupri, violenze e omicidi; detenzioni arbitrarie e senza limiti di tempo; trattamenti inumani e degradanti; riduzione in schiavitù; vendita di migranti ai trafficanti per lavori forzati o sfruttamento sessuale. Non risulta che l'Italia abbia in qualche modo cercato di modificare tale *modus operandi*, che anzi è stato da essa generosamente sostenuto.

Il *Memorandum*, dal punto di vista giuridico, ha una natura ambigua poiché, pur trattandosi di un trattato internazionale, non ha mai ricevuto la ratifica del Parlamento né mai gli è stato sottoposto, violando l'art. 80 della Costituzione. La Corte EDU ha in esame la responsabilità dell'Italia per respingimenti ed espulsioni collettive, vietate dal diritto internazionale. Dal canto suo l'attuale governo ha ampiamente incrementato il proprio sostegno incondizionato per il contenimento dei flussi migratori e la tutela delle industrie italiane, in particolare l'ENI. Si comprende facilmente come, in questo contesto che non può essere presentato pubblicamente e giustificato, il governo italiano sia esposto al ricatto, che si è verificato puntualmente con la liberazione e il riaccompagnamento di Almasri. Il governo italiano non ha esitato a considerare carta straccia i propri inequivocabili impegni verso la CPI per non fare cosa sgradita alle autorità libiche e alle bande criminali.

Il caso Almasri è stato soltanto l'ultima operazione politica e diplomatica con cui l'Italia ha legittimato e protetto i leader che hanno governato la Libia dalla caduta di Gheddafi nel 2011. Durante questo periodo la Libia è stata guidata non da governi legittimi riconosciuti in tutto il territorio nazionale, ma da bande armate coinvolte in crimini di guerra, traffici illeciti, violazioni sistematiche dei diritti umani. In cambio dell'accesso alle risorse petrolifere e al gas naturale e del trattenimento dei migranti l'Italia fornisce a queste bande denaro, legittimazione politica e protezione da eventuali inchieste giudiziarie internazionali. I governi Gentiloni e Conte uno si impegnarono affinché l'Organizzazione marittima internazionale (IMO), l'organo dell'ONU che governa la navigazione marittima internazionale, riconoscesse al governo libico sostenuto da gran parte della comunità internazionale, cioè quello di Tripoli, la competenza su una zona SAR (*search and rescue*), cioè un tratto di mare dove esercitare un servizio di ricerca e salvataggio, che, se è un compito molto impegnativo per uno Stato efficiente, si può immaginare come può funzionare nelle mani di uno Stato fallito la cui Guardia costiera è controllata da bande criminali che sono in combutta con i trafficanti di esseri umani e che effettuano le intercettazioni al largo delle coste libiche con metodi violenti. Fonti giornalistiche affermano che i servizi segreti italiani tengono informati funzionari e miliziani libici contro i quali la CPI abbia emesso mandati di arresto.

Questo, molto sinteticamente, è lo scenario dei rapporti che l'Italia intrattiene con la Libia. I governi italiani ottemperano alle disposizioni di legge che favoriscono i loro intendimenti ed eludono quelle che li ostacolano. Lo stesso criterio usano nei confronti delle iniziative della magistratura interna e internazionale. Come è noto, l'attuale governo sta dispiegando una serie di atti per depotenziare l'operatività dei PM e per ricondurre questi ultimi sotto il controllo dell'esecutivo⁵⁹. Qui abbiamo studiato solamente il caso dei rapporti Italia-Libia, ma, in prospettiva, interi settori dell'ordinamento giudiziario saranno rielaborati secondo gli indirizzi della politica del governo, che sarà così esentata dal controllo giurisdizionale. Si va verso l'assimilazione di diverse aree del diritto alla seconda forma di manifestazione dell'ingiustizia legale, secondo la formula di Radbruch: «la legge *intollerabilmente ingiusta*, in quanto diritto scorretto, è priva di validità ed è una prima forma di “negazione legale del diritto». Sono numerosi gli esempi di leggi e di atti governativi che si possono considerare ingiusti e discriminatori e che però spesso sono stati neutralizzati dalle sentenze dei giudici, cosa che abbassa sensibilmente il livello

⁵⁸ Paolo Gentiloni era il Presidente del consiglio e Marco Minniti il Ministro degli interni.

⁵⁹ A. Zanca, *Operazione Tridente: assalto alla Costituzione*, cit.

dell'intollerabilità. È qui il motivo per cui l'attuale governo punta ad annullare tendenzialmente l'autonomia e l'indipendenza della Magistratura e di subordinarne la funzione alla propria politica.

I populismi, allorquando vanno al potere, come oggi in Italia, aggiungono un'intrinseca vocazione anti-rappresentativa e anticostituzionale, proveniente da due perversioni ideologiche dell'idea di democrazia. La prima è l'identificazione dei vincitori delle elezioni con il popolo, degli eletti con gli elettori, della volontà del ceto politico con la volontà popolare, dei rappresentanti con i rappresentati. La seconda è la riduzione della democrazia all'onnipotenza della maggioranza governativa assunta quale espressione diretta della sovranità popolare, e quindi la negazione di quel tratto distintivo della democrazia costituzionale che è l'insieme dei limiti e dei vincoli sostanziali imposti dalla Costituzione alla legislazione e più in generale ai poteri politici⁶⁰.

È l'impianto della liberal-democrazia e della repubblica parlamentare che è messo in discussione. La legislazione perde (ulteriormente) le sue caratteristiche di generalità e di astrattezza e nega il principio di eguaglianza per allinearsi agli obiettivi politici di chi è al potere. La magistratura viene ricondizionata ad un normativismo servile che rifiuta ogni riferimento al diritto naturale e ai valori dell'uomo. Così va smarrito il fine del diritto per ridurlo a strumento di oppressione.

⁶⁰ L. Ferrajoli, *L'alleanza perversa tra Sovranismi e Liberismo*, "Costituzionalismo", 2019, fasc. 1.