

SIMBOLICITÀ E LEGALITÀ NEL PROCESSO DI NORIMBERGA. ANCORA A PROPOSITO DELLA C.D. FORMULA DI RADBRUCH¹

di

Giovanni Caruso

(Università degli Studi di Padova)

Abstract

The essay explains the content of the paradigm of the "legality" inside the rule of law, generally concerned about the so-called "Radbruch Theory"; the Author put a accurate reviews on the subject about the communication of the obligation, that is assumed immanent legality, without which there is no room for retroactivity violations.

I. Conterrò il mio intervento non solo, doverosamente, in termini di tempo, ma anche nel rispetto della delimitazione tematica sottesa all'intitolazione della sessione che, come reso palese dal programma, concerne problemi di figure, topica del sistema e situazioni specifiche. Cercherò di mantenere, nonostante la concomitante rilevanza storica del tema convegnistico, un taglio argomentativo di carattere prevalentemente giuridico-penalistico, segnatamente riferito ai temi sollevati dal rispetto del principio di legalità sostanziale e processuale nella nota vicenda giudiziaria.

Al di là del valore storico e simbolico del processo di Norimberga, che avrebbe dato avvio a una decisa evoluzione del diritto penale internazionale nel secolo breve, la sua celebrazione, come noto, ha costituito oggetto di interpretazioni contrastate. Si

¹ Testo scritto dell'intervento al Convegno internazionale di Studi tenutosi presso l'Aula Magna dell'Università di Padova il 13 maggio 2016 *La Giustizia Penale Internazionale a 70 anni dal Processo di Norimberga*.

consideri come, ad esempio, a proposito del medesimo, il costituzionalista Michele Carducci, in un Convegno tenutosi presso l'Università di Lecce vent'anni or sono, nella ricorrenza del 50° anniversario dalla celebrazione del processo, si fosse addirittura espresso in termini di «caos», asserendo: “C'è un problema di fondo che coinvolge il giurista, soprattutto il giurista costituzionalista, nella interpretazione del processo di Norimberga: il tentativo di fornire una spiegazione razionale, razionale nella definizione e nei presupposti, lì dove la vicenda oggetto del Processo si è strutturata e sviluppata esattamente in senso contrario, come affermazione diffusa e pervasiva dell'irrazionalità, del «caos»”².

II. Sul piano storico, la scelta di affidare a una giurisdizione sovrastatale il compito di giudicare i principali gerarchi nazisti non fu affatto scontata. Al di là dei problemi di inquadramento giuridico-concettuale, la difficoltà della scelta della giurisdizione sovrastatale, per quanto creata dalla parte vincitrice del conflitto nei confronti dei vinti, insisteva sulla consapevolezza che il processo avrebbe avuto una sola alternativa, ossia una serie più o meno indiscriminata di esecuzioni sommarie³. Va

² Cfr. CARDUCCI M., *La dottrina nazionalsocialista del Tatrecht e il processo di Norimberga*, in TARANTINO A., ROCCO R. (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, 1998, 45.

³ Sul punto, anche per i pertinenti rimandi bibliografici, cfr. LEOTTA C.D., *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino 2013, 1-430; il lavoro dell'Autore è stato insignito del premio Ettore Gallo da parte dell'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età contemporanea della provincia di Vicenza, cit., 105-106. L'idea delle esecuzioni sommarie, in effetti, era stata caldeggiata, e non senza determinazione. In seno alla *War Crimes Commission* emersero prospettive contrastanti, tanto che la scelta – infine sancita con l'*Agreement* dell'8 agosto 1945 tra Regno Unito, Stati Uniti, Francia e Unione Sovietica – di assegnare a una Corte internazionale il compito di giudicare e punire i criminali di guerra non fu certamente scontata, ponendosi, per le potenze vincitrici, l'alternativa di ricorrere ad esecuzioni sommarie dei principali attori dell'*establishment* tedesco. Lo stesso Churchill, che il 29 novembre 1943, alla Conferenza di Teheran, osteggerà, per l'entità del numero, la proposta di Stalin di liquidare senza processo 50.000 ufficiali tedeschi, qualche giorno prima, il 10 novembre 1943, aveva manifestato, nel corso di una riunione di gabinetto a porte chiuse, l'idea di stilare una breve lista di criminali di guerra da eliminare senza alcuna procedura giurisdizionale. Nemmeno a Washington mancarono voci favorevoli in tal senso, essendone dimostrazione il piano stilato il 5 settembre 1944 da Henry Morgenthau, Segretario al Tesoro, che presentava numeri non «lontani» da quelli suggeriti da Stalin alla fine del 1943. Se tale posizione avrebbe incrociato la riluttanza del Segretario alla Guerra Henry Stimson – il quale nel *memorandum* del 9 settembre 1944 avrebbe insistito per la creazione di una corte internazionale -, sarebbe stata nondimeno sostenuta dagli stessi Roosevelt e Churchill, i quali,

ricordato, in proposito, come solo dopo la morte di F.D. Roosevelt (12 aprile 1945) e la nomina alla presidenza di Henry Truman (1884-1972, Presidente degli Stati Uniti dal 1945 al 1953) sarà definitivamente abbandonata l'ipotesi delle esecuzioni sommarie e la pressione degli Stati Uniti sugli alleati britannici sarà decisiva per la stipula dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945⁴.

III. Dal lato giuridico, che il processo di Norimberga si sia celebrato in aperta contraddizione col principio di legalità processuale sotto il profilo genetico della precostituzione del giudice 'naturale' rispetto ai fatti commessi dai gerarchi nazisti è di evidenza tale da rendere superflua qualsiasi più specifica esplicazione. Né il Patto di Londra, istitutivo dell'organo giurisdizionale, avrebbe mai potuto supplire a tale lapalissiana deroga della legalità processuale⁵, ove si ponga, altresì, attenzione all'art.

ancora alla vigilia della conferenza di Québec dell'11-24 agosto 1944, dichiaravano l'inadeguatezza del rimedio giudiziario e la preferenza per una soluzione «politica» sui crimini di guerra che, in quanto tali, non si sarebbero potuti affidare a un collegio di Giudici³. Benché nella seconda metà del 1944 appaia remota la possibilità di istituire una Corte internazionale, a questa infine si giunge, a meno di un anno di distanza, per ragioni di opportunità politica, soprattutto indotte da Mosca a partire dall'ottobre del 1944; Stalin, infatti, inizialmente sostenitore della linea delle esecuzioni sommarie, finisce per rivalutare, soprattutto per accreditarsi al mondo occidentale, l'idea di Molotov a favore di un processo contro i crimini di guerra. Sul fronte statunitense appoggiano la celebrazione del processo il Segretario di Stato Cordell Hull (1871-1955) e il Segretario alla Marina James Forrestal (1892-1949) che, con il citato Henry Stimson, Segretario alla Guerra, presentano a Roosevelt nel novembre del 1944 un *memorandum* in vista della Conferenza di Yalta (7-12 febbraio 1945), finalizzata ad illustrare le ragioni per cui sarebbe stato preferibile percorrere la via giurisdizionale.

⁴ *Op. ult. cit.*, 15-17.

⁵ Sulla violazione del principio della precostituzione del giudice naturale nel processo di Norimberga, cfr. RODIO R.G., *Il processo di Norimberga e i profili del diritto di difesa*, in TARANTINO A., ROCCO R. (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, cit., 249-250: "Il (mancato) rispetto del principio della precostituzione del giudice costituisce certamente l'aspetto dell'attività del Tribunale di Norimberga che per primo ha focalizzato l'attenzione sia degli esegeti successivi che dello stesso organo giudicante, attesa la manifesta violazione di tale principio perpetrata appunto a Norimberga [...] In proposito non è mancato il puntuale riscontro della inesattezza dell'orientamento interpretativo sostenuto a Norimberga, evidenziandosi [...] l'erroneità della tesi secondo la quale «l'adozione mediante l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 dello Statuto di tale Tribunale costituiva, a detta del Tribunale stesso, esercizio del potere sovrano degli stati ai quali il *Reich* tedesco si era arreso senza condizioni». In sostanza, secondo il tribunale la legittimazione all'esercizio della funzione giudicante sarebbe da riconnettere direttamente alla fonte istitutiva del tribunale stesso". Ebbene, "siffatta interpretazione, pur condivisibile in astratto – nella misura in cui possa ritenersi che l'Accordo di Londra abbia in effetti natura normativa e portata generale e sia quindi suscettibile di essere considerato quale fonte istitutiva del Tribunale – non può invece

3 dello Statuto, secondo il quale “ogni potenza firmataria potrà sostituire il giudice o il supplente da lui designati per motivi di salute o per qualsiasi altro valido motivo”. E non è difficile immaginare quale margine di ‘discrezionalità politica’ potesse ritenersi implicato nel requisito della non altrimenti esplicitata «validità» del motivo.

IV. Per quanto concerne il rispetto del principio di legalità sostanziale, la complessità del tema si aggrava.

Ritengo, anzitutto, che l'accorpamento del complesso carico imputativo caratterizzante il processo, enucleato alla stregua delle incriminazioni introdotte dalla Carta di Londra, abbia congiurato in modo non indifferente nel rendere quasi impossibile un giudizio omogeneo e compatto sulla vicenda giudiziaria.

Furono contestati quattro capi d'accusa:

Il n. 1), *sub specie* del c.d. «piano concertato di complotti»⁶, aventi quale scopo la commissione di delitti contro la pace, delitti di guerra o delitti contro l'umanità; insomma, sia consentito, una sorta di «associazione per delinquere» finalizzata alla commissione dei crimini poi riportati ai capi nn. 2), 3) e 4)⁷, incriminati rispettivamente dall'art. 6, lett. a), b) e c) dello Statuto allegato al Patto di Londra (crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità).

Il capo n. 2) riprende i «crimini contro la pace», previsti dall'art. 6, lett. a) dello Statuto, definiti dal Tribunale come “i supremi crimini [...] che racchiudono in sé tutti gli altri mali”⁸. In tale prospettiva, un primo elemento di ambiguità che presentò l'atto d'accusa riguardò proprio la nozione di crimini contro la pace e soprattutto di «guerra di aggressione», posto che, come messo in chiaro da autorevole dottrina costituzionalistica, “è discutibile che ogni guerra sia di per sé

ritenersi corretta ove si consideri lo specifico contenuto delle disposizioni dell'Accordo e tra queste, in particolare – come già rammentato nel testo –, di quanto stabilito dall'art. 3 dello stesso: «Ogni potenza firmataria potrà sostituire il giudice o il supplente da lei designati per motivi di salute o per qualsiasi altro valido motivo”.

⁶ Ipotesi che sembrerebbe di dover raccordare all'ultimo comma dell'art. 6 dello Statuto di Londra: “I dirigenti, gli organizzatori, gli istigatori o i complici che abbiano preso parte alla elaborazione o all'esecuzione di un piano concertato o di un'intesa criminosa per commettere uno qualunque dei crimini sopra definiti, sono responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano”.

⁷ Cfr. NOUAÏLLE P., MERCURY F., DE GAUTELLE E., VIEVILLE L., *Il processo di Norimberga. Le vicende, i documenti, le condanne*, cit., 67-81.

⁸ Cfr. CARDUCCI M., *La dottrina nazionalsocialista del Tatrecht e il processo di Norimberga*, cit., 52.

giudicabile per le modalità con cui viene svolta, per gli episodi cui dà luogo: la guerra va vista come uno strumento volto alla distruzione del bene più prezioso dell'umanità, la vita di un essere umano. La guerra di per se stessa è un'«illegittimità»⁹. Ma d'altra parte, la guerra di aggressione era sempre esistita, «ma non era mai stata dichiarata ufficialmente come «criminale»»¹⁰. In effetti, all'epoca del processo «in nessun accordo internazionale era stata prevista una responsabilità per chi avesse programmato e realizzato un'aggressione bellica [...]», essendo quindi incontestabile, secondo parte non irrilevante della dottrina, che «l'art. 6, lett. a) dello Statuto, prevedendo per la prima volta un'ipotesi criminosa da applicare a fatti e comportamenti realizzati in precedenza», costituisse «un provvedimento legislativo *ex post facto*, in violazione del principio di legalità»¹¹.

In proposito, merita rammentare come il patto Briand-Kellogg - o Patto di Parigi - del 1928, da un lato, avesse proibito il ricorso alla guerra, non il c.d. «complotto», e cioè la progettazione, la preparazione e lo scatenamento della guerra; da un altro lato, come il preambolo dello stesso avesse stabilito: «ad ogni potenza firmataria, che in futuro cercherà di perseguire i propri interessi nazionali con il ricorso alla guerra, dovrebbero essere negati i benefici previsti da questo trattato». Ciò avrebbe indotto Hans Kelsen a mettere in luce come la sanzione contenuta nel patto non desse luogo a una responsabilità penale individuale, limitandosi a prevedere che «tutti gli Stati del patto, e non solo le vittime immediate di una guerra illegittima, sarebbero autorizzati a ricorrere alla guerra contro uno Stato che, in violazione del patto, sia ricorso alla guerra. Rappresaglie e guerra, quali sanzioni, sono dirette contro uno Stato come tale, e non contro gli individui che formano il suo governo. Queste sanzioni danno vita ad una responsabilità collettiva, non ad una responsabilità penale di determinati individui». In conclusione, una guerra intrapresa in violazione «dei trattati che proibiscono il ricorso alla guerra, specialmente in violazione del patto Briand-Kellogg, è certamente illegittima», ma non trova alcuna sanzione sul piano delle responsabilità criminali individuali¹².

⁹ Così BALDASSARRE A., *Diritti umani e costituzione*, in Tarantino A., Rocco R., cit., 143.

¹⁰ Cfr. SGROI S., *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003, vol. III, 320.

¹¹ Cfr. AYMONE V., *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in TARANTINO A., ROCCO R., cit., 226.

¹² Cfr. KELSEN H., *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, in *Nuovi Studi Politici*, vol. XIX, ottobre-dicembre 1989, 101.

A me sembra che i primi due capi d'incolpazione del processo di Norimberga abbiano effettivamente consumato una violazione del principio di legalità, sia sul piano precettistico, sia della sanzione¹³.

Tale violazione, almeno sul piano formale, avrebbe alimentato un elevato dibattito dogmatico tra i penalisti tedeschi e italiani a proposito della c.d. formula di Radbruch¹⁴ sulla legittimità dell'applicazione retroattiva delle norme incriminatrici laddove i comportamenti sanzionati avessero superato il limite della *assoluta*

¹³ Pur a tacere della lapidaria formula adottata per la commisurazione della pena dall'art. 27 dello Statuto: "*Il Tribunale potrà pronunciare contro gli accusati condannati la pena di morte o qualsiasi altra pena che esso riterrà giusta*".

¹⁴ Cfr. RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-zeitung*, 1946, 105 ss. Il noto scritto di Radbruch, certamente sorprendente se si considera l'originaria formazione filosofica neo-kantiana dell'Autore, allievo di Rudolf Stammler e fino a quello scritto perfettamente allineato nel rivendicare la separazione tra essere e dover essere, legge positiva e diritto naturale, l'inderivabilità del giudizio di dover essere da quello dispiegato sull'essere alla sequela della c.d. Legge di Hume, pena la flagrante c.d. fallacia naturalistica [sul punto, criticamente, cfr. SCHÜNEMANN B., *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, Rivista Quadrimestrale on-line: www.i-lex.it, dicembre 2011, numero 13-14, 109 (traduzione di Feliciano Tafuri): "Gustav Radbruch, il filosofo del diritto del ventesimo secolo più noto nel panorama internazionale, in quindici anni, ha risposto in maniera assolutamente differente al problema cardine della filosofia del diritto, ovvero al problema del rapporto tra validità giuridica e giustizia. La spiegazione biografica, a tal riguardo, è evidente. Infatti, la prima risposta si rinviene nella sua *Rechtsphilosophie* del 1932, pubblicata immediatamente prima della presa del potere da parte del nazionalsocialismo, la seconda risposta, dopo quattordici anni circa e successivamente alla fine della dittatura nazionalsocialista [...] Per un filosofo del diritto ciò è sorprendente: la veridicità di asserzioni filosofiche sul diritto, a differenza di quelle sociologico-giuridiche, non dipende da una verifica empirica e, pertanto, nemmeno può essere falsificata da eventi storici, come il dominio del nazionalsocialismo [...] Il cambiamento compiuto da Radbruch della sua teoria della validità giuridica, come reazione agli illeciti del regime nazionalsocialista, nemmeno può essere giustificato in base alla circostanza che la nuova teoria era considerata necessaria per rendere possibile la punizione degli atti di violenza del nazionalsocialismo. Il che rappresenterebbe una chiara fallacia naturalistica"]. Il noto scritto di Radbruch rappresenta, nella prima sentenza che ha giudicato gli omicidi commessi dalle guardie di frontiera al muro di Berlino, un importante punto di riferimento per l'inquadramento del problema (*Landgericht Berlin*, 20 gennaio 1992, in *Juristen Zeitung*, 1992, 693). Sulla stessa linea si porranno anche le successive sentenze del *Landgericht Berlin*, 5 febbraio 1992, in *Neue Justiz*, 1992, 418 ss. e del *Bundesgerichtshof* del 3 novembre 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, 141 ss. Per ogni più dettagliato riferimento bibliografico dottrinale, si rinvia al saggio di Enrico Mario Ambrosetti di cui alla nota seguente.

intollerabilità dell'ingiustizia espressa dalla legalità nazionalsocialista. Sul punto, con un saggio del 1994 pubblicato sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*¹⁵, qualificato come “documentato e sagace” da Giuliano Vassalli nella prefazione allo studio *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania post-comunista*¹⁶, un giovane studioso padovano, Enrico Mario Ambrosetti, avrebbe per la prima volta messo a tema anche nel nostro Paese - attraverso l'esame accurato della giurisprudenza e dottrina tedesche in ordine alla rilevanza penale delle condotte omicidarie consumate nei confronti dei fuggitivi dalla «cortina di ferro» - le implicazioni dirompenti della reatroattività per i crimini più atroci perpetrati in caso di sovvertimento del regime politico, avvalendosi della formula del *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (traducibile nei termini «superare», «fare fronte», «venire a capo» del passato per mezzo del diritto).

V. Non mi sembrano ravvisabili, invece, «piene» violazioni di legalità, o del principio di irretroattività - pur tralasciando gli innegabili *deficit* della legalità sanzionatoria¹⁷ -, in relazione alla terza e alla quarta accusa trattata nel processo di Norimberga, e cioè a quelle relative ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità.

Le ragioni di topica e dogmatica giuridica sono diverse nei due casi.

Anzitutto, per i crimini di guerra, merita rammentare come essi non fossero «nuovi», in quanto già previsti dal diritto internazionale. La IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 e la Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati di guerra del 27 luglio 1929 avevano definito i crimini di guerra come violazioni delle leggi e delle usanze di guerra, consistenti principalmente nel maltrattamento dei prigionieri e in azioni di tipo bellico contro popolazioni civili. Si trattava di norme così basilari e diffuse da potere essere considerate come riconosciute da tutte le Nazioni.

Pertanto, nei confronti della categoria «crimini di guerra» - la meno controversa - non solo una nuova legge con valore retroattivo era superflua, ma in relazione a essi il giudicato del Tribunale non si pose come innovativo, né come creatore di nuovo

¹⁵ Cfr. AMBROSETTI E.M., *In margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 596-625.

¹⁶ Cfr. VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001, I-XIII, 1-319.

¹⁷ Cfr. *supra*, nt. 13.

diritto. Al contrario, il Tribunale affermò di accogliere nozioni e norme che già appartenevano al diritto di guerra, e – come sottolineato in dottrina – “ se è vero che la componente di diritto convenzionale risaliva a pochi decenni prima (Aja 1907, Ginevra 1929), la parte consuetudinaria appariva antica e consolidata”¹⁸. I crimini di guerra, sanzionati dall’art. 6, lett. b) dello Statuto di Londra, avrebbero costituito una sorta di ‘ponte’ tra i primi due capi d’inculpazione e i contestati crimini contro l’umanità, alla stregua di una progressione imputativa posta a carico dei gerarchi e volta a sanzionare la barbarie bellica. È stato osservato, in dottrina, come si trattasse “di processare e punire gli autori delle grandi, sistematiche e generalizzate pratiche di comportamenti tenuti dai nazisti nel corso del II^ conflitto mondiale, in violazione delle norme di diritto bellico. Da qui la scelta di collocare questi crimini nel cuore dell’elencazione. Ciò consentiva di esordire con i crimini contro la pace, che logicamente apparivano come precedenti, in quanto collegati con lo scatenamento del conflitto, lasciando, in pari tempo, i crimini contro l’umanità in una sorta di posizione residuale e, perlopiù, in stretto collegamento con quelli di guerra”¹⁹.

Tale asserto, da me non del tutto condiviso alla luce delle successive considerazioni, comunque rende conto della compatibilità del processo di Norimberga col rispetto del principio della legalità penale internazionale.

Infine, i crimini contro l’umanità, oggetto del quarto capo d’accusa.

Essi, in realtà, non possono considerarsi «residuali» se non in senso estrinseco e formale, e cioè alla stregua della discutibile formulazione dell’incriminazione di cui all’art. 6, lett. c) dello Statuto, il quale recita: “*Crimini contro l’umanità: vale a dire l’assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni – abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate – siano state commesse nell’esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini*”.

Forse residuali poiché avvinti, quasi alla sequela di una *vis attractiva competentiae* per connessione materiale, ai crimini consumati nel corso e nel contesto del secondo

¹⁸ Cfr. GREPPI E., *I Crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, 67.

¹⁹ *Ibidem*.

conflitto mondiale, non certo perché i meno rilevanti sul piano dell'esecrabilità, ripugnanza e atrocità delle responsabilità umane. Certo, se la limitazione della tutela penale internazionale dei crimini contro l'umanità a quelli perpetrati nel corso del secondo conflitto mondiale può trovare estrinseca giustificazione nel compito *ad acta* e a tempo del tribunale di Norimberga, il sospetto che si siano voluti, in tal modo, anche mettere sotto silenzio i crimini Alleati si rivela evidente a ogni osservatore imparziale.

Quanto, tutt'al contrario, all'essenzialità storica e politica della contestazione dello sterminio di massa degli ebrei, degli invalidi e dei c.d. «sub-umani» non posso che concordare con il noto *Barrister* Geoffrey Robertson, secondo il quale “il grande risultato di Norimberga fu il quarto capo d'accusa, il crimine contro l'umanità, un crimine ordinario commesso su una scala di barbarie inimmaginabile fino all'Olocausto [...] non erano crimini di guerra commessi contro soldati nemici, ma contro civili tedeschi – ebrei, zingari, omosessuali, handicappati – che venivano considerati pseudo-umani. Erano crimini commessi non per esigenze di guerra ma per via del razzismo rabbioso dei *leaders* nazisti. Diversamente dai crimini dei pirati o dei negrieri, obiettivi tradizionali della responsabilità individuale nel diritto internazionale, essi non avevano bisogno di alcun elemento internazionale per essere oggetto di giurisdizione; erano crimini che il mondo non poteva tollerare avessero luogo ovunque e in ogni tempo, perché disonoravano tutti. Non erano, per questo motivo cruciale, crimini contro i tedeschi (che in questo caso solo i tedeschi avrebbero potuto punire); erano crimini contro l'umanità, perché il semplice fatto che un essere umano potesse pensarli e commetterli diminuiva ogni membro della comunità umana. Per questo solo precedente. Col suo potenziale di distruzione dell'immunità sovrana, il giudizio di Norimberga costituì una grande balzo in avanti per l'umanità”²⁰.

In uno alla rivendicazione dell'altissimo valore ‘simbolico’ della vicenda giudiziaria, la quale avrebbe avviato il prolifico percorso di – in certo senso – ‘non ritorno’ fino all'istituzione della Corte Penale internazionale con lo Statuto di Roma del 1998, sul piano del rispetto del principio di legalità il passaggio testé menzionato sembra

²⁰ Cfr. ROBERTSON G., *Crimes against Humanity*, London, 2002, 235.

affidarsi a una sorta di «legalità etica», rievocando il mai sopito dibattito sui rapporti tra *Lex* e *Jus*, tra diritto positivo e diritto naturale. Come noto, la stessa formula di Radbruch – esposta all’indomani della cessazione del secondo conflitto mondiale nel famoso saggio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (traducibile come «torto legale e diritto sopralegale») del 1946 –, già declinata in una duplice sottodeterminazione da Giuliano Vassalli²¹, è stata trasposta in un’ulteriore sottodeterminazione dal filosofo del diritto Kurt Seelman, il quale, parafrasandone la riflessione, afferma: “Anche una violazione dei principi di giustizia non potrebbe modificare in nulla l’esistenza del «diritto» e (ritiene Radbruch) nemmeno l’obbligo di obbedienza. Dovrebbero essere da ciò distinte quelle norme che o violano la giustizia in misura «insopportabile-intollerabile», e perciò non sono valide, e quelle nelle quali «non si mira mai alla giustizia» e che di conseguenza non sono «diritto». Ove si accogliesse questa definizione effettivamente tutta una serie di leggi nazionalsocialiste, che rinnegano l’uguaglianza» quale «nocciolo della giustizia», non sarebbero diritto”²². Per concludere che mentre i crimini contro l’umanità nazionalsocialisti rientrerebbero nella assoluta mancanza di leggi qualificabili come «diritto», diversamente le sentenze pronunciate dopo la ‘caduta del muro di Berlino’ avrebbero fatto applicazione della seconda determinazione della formula, negando validità giuridica alle leggi ingiuste della Repubblica democratica tedesca (DDR).

Sulla composita formula di Radbruch si è più di recente soffermato, in un saggio del 2011, Bernd Schünemann, secondo il quale, in realtà, per costruire un concetto di validità giuridica che non faccia apparire legittimi i più atroci illeciti di un regime terroristico, né faccia decidere, dopo una rivoluzione, ai nuovi detentori del potere un’azione penale retroattiva rispetto al precedente regime, “non serve” – cito testualmente – “l’incongrua formula di Radbruch”. Prosegue lo studioso tedesco: “ritengo decisivi altri due criteri, in principio empiricamente verificabili e, perciò, di gran lunga più attendibili [...]: la comunicazione pubblica della norma, come

²¹ Cfr. VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 7: “Va peraltro detto subito che secondo vari interpreti la formula di Radbruch non finisce qui, e più precisamente che [...] sarebbe” espressa “una seconda formula, la formula della negazione deliberata (la cosiddetta *Verleugnungsformel*, in contrapposizione alla *Uneträglichkeitsformel* o formula della intollerabilità). La prima si riferirebbe al diritto intollerabilmente ingiusto, la seconda al non-diritto (*Nicht-Recht*)”.

²² Così SEELMAN K., *Filosofia del diritto*, trad. it., Napoli, 2006, 62-63.

elemento fondamentale del diritto in quanto ordinamento sociale di valori, che possiamo rinvenire anche nelle cosiddette società acefale (ovvero quelle società non rette da un potere centrale); e la possibilità di conformare questo ordine, pubblicamente comunicativo, alla cultura della società rispetto alla quale viene richiesta l'osservanza della norma giuridica"²³.

Credo che l'assunto dello studioso tedesco possa leggersi anche alla luce dell'«entropia» costituzionale che, da parte della dottrina costituzionalistica, è stata più volte messa in luce a proposito del regime nazionalsocialista, intesa a lumeggiare la distanza incolmabile tra regime parlamentare propiziatore della legalità, anche penale, e Stato di Polizia, fomite di 'caos' di competenze e gangli decisori. Si rammenti come il richiamo al 'presunto' diritto costituzionale nazista ed ai primordi della sua fondazione fosse servito a inquadrare ragioni e giustificazioni di quel «diritto dei vinti», come verrà denominato da Karl Jaspers²⁴, sul quale la Difesa del Processo impianterà la sua strategia di dialettica processuale contrappositiva. È evidente, tuttavia, come quella rivendicazione non potesse ridursi alla semplice invocazione di una serie definita di garanzie sostanziali e processuali, posto che, dietro quella rivendicazione militava una storia costituzionale che aveva ormai identificato nel cosiddetto diritto dei vinti il ricorso all'affermazione della brutta fattualità, del ribaltamento delle certezze normative, comprese quelle del divieto di analogia nel diritto penale e della irretroattività²⁵, dell'annientamento dei più elementari principi di garanzia giuridica²⁶, del sovvertimento della funzione giurisdizionale²⁷: "La chiave dell'intervento dello Stato totalitario – afferma Gabriele

²³ Così SCHÜNEMANN B., *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch*, cit., 109.

²⁴ Cfr. JASPERS K., *La questione della colpa* (1965), trad. it. Milano, 1996, 52 ss.

²⁵ Merita rammentare il ribaltamento del principio *Nullum crimen sine lege* con quello *Nullum crimen sine poena* (cfr. MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1939, 158 ss.), la sostituzione del principio dell'*in dubio pro reo* con il «sano sentimento del Popolo» (*Gesundes Volksempfinden*) (cfr. NUVOLONE P., *La riforma del § 2 del Cod. Pen., germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 530 ss.), l'affermazione di un «diritto penale non scritto» (*Ungeschriebenes Strafrecht*; sul punto, cfr. NIETHAMMER E., *Ungeschriebenes Strafrecht*, in *ZstrW*, 55, 1936, 745 ss., nonché VASSALLI G., *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, 15 ss.).

²⁶ Come espressamente propugnato da HÖHN R., *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, Hamburg, 1934.

²⁷ Sia sufficiente ricordare, a proposito del Decreto di protezione del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933, la famigerata legittimazione offerta dal Schmitt all'idea di sottrarre la *NSDAP* e

Fornasari – nell’ambito penale, che non sfociò peraltro in una riforma complessiva, fu costituita da un duplice aspetto: da un lato la fondazione di un vero e proprio diritto penale di polizia, con cui si sottraeva all’autorità giudiziaria la competenza per numerose ipotesi di condanna a morte e a pene detentive (per le quali, dunque, scompariva ogni tipo di garanzia giuridica), e, dall’altro, lo scioglimento del giudice dal vincolo della legge, esemplificato in modo paradigmatico dalla riforma del § 2 StGB, con cui fu ammessa l’estensione in via analogica delle fattispecie incriminatrici, ma anche il frequente uso di norme indeterminate e l’indicazione ai giudici della dannosità sociale e dell’offesa al sano sentimento popolare come indici dell’illiceità delle condotte”²⁸. In definitiva, a Norimberga il diritto dei ‘vinti’ era già da tempo stato annichilito dalla furia omicida del nazionalsocialismo, il cui diritto, già sul piano costituzionale, si presentava quale autentico «caos», deprivato di qualsivoglia razionalità comunicativa estrinseca alla pura logica della polizia preventiva²⁹.

Ebbene, la comunicazione pubblica della legalità e la possibilità dialettica di controllarne la conformazione rispetto alla cultura della comunità nella quale è destinata a operare non possono considerarsi meri *accidentalia* della validità giuridica delle norme e, con essa, della legalità previa. Lo stesso *exemplum crucis* di Günther Jakobs³⁰, secondo il quale, addirittura, attraverso l’ordine segreto di Hitler³¹ di

il suo capo a qualsiasi giurisdizione; cfr. HOFER D., *Il nazionalsocialismo* (1957), trad. it., Milano, 1964, 45. Con il Decreto venivano sospesi, sulla base dell’art. 48 WRV, alcuni diritti fondamentali tra i quali quelli di cui agli artt. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 della Costituzione.

²⁸ Cfr. FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, 1993, Padova, 4-5.

²⁹ Un «Caos volontario e premeditato, attraverso il quale tutte le ragioni dell’ordine razionale si sarebbero infrante in favore di un’impulsività istintuale senza freni”: così, ancora sul unto, CARDUCCI M., *La dottrina nazionalsocialista del Tatrecht*, cit., 45, il quale prosegue: “Né è difficile immaginare come tale «caos» abbia potuto compromettere la comprensione costituzionale del nazismo. È sintomatico constatare in proposito che la stessa dottrina costituzionalistica, contemporanea alla vicenda nazista e in qualche misura non lontana dottrinalmente da essa, convenisse sulla esistenza di questa confusione concettuale a e strutturale”. In proposito, cfr. LAVAGNA C., *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938, spec. 180 ss.

³⁰ Per la plurima serie di critiche dogmatiche che la complessiva posizione di Jakobs avrebbe sollevato, cfr., ancora, l’analisi di AMBROSETTI E.M., *In margine alle c.d. sentenze del Muro di Berlino*, cit., spec. 602 ss.

³¹ Merita rammentare come la *Endlösung der Judenfrage* fosse stata - peraltro mai esplicitamente - deliberata nel corso della Conferenza di Wannsee del 20 gennaio 1942, nel cui

assassinio degli ebrei, questi ultimi sarebbero stati esclusi dall'ambito di tutela contro i delitti di omicidio – tanto che l'assassinio degli stessi sarebbe stato conforme al diritto vigente del terzo *Reich*³² –, mai potrebbe corrispondere alle esigenze della legalità e della validità giuridica secondo la sua immanente configurazione comunicativa e dialettica.

Conclude Schünemann: “Le leggi razziali di Norimberga – del 1935, n.d.r. – dello Stato nazionalsocialista, intollerabili allora come lo sono oggi, erano diritto vigente dello Stato nazionalsocialista, diritto come elemento della comunicazione pubblica della norma e come innovazione, integrabile [...] nella cultura tedesca della tradizionale emarginazione della popolazione ebrea dei secoli precedenti [...] Al contrario, la prassi segreta delle stragi di ebrei non poteva apparire, neppure nello Stato nazionalsocialista, elemento integrante dell'ordinamento giuridico”³³. In definitiva, “ordini segreti e segreti intrighi del gruppo di potere [...] non possono generare nella società alcun diritto riconosciuto; di conseguenza, in virtù del carattere segreto, si separano dalla stessa corrente di comunicazione giuridicamente rilevante”³⁴.

Ma se la violazione del principio di legalità e del corollario dell'irretroattività dell'incriminazione non può che riferirsi a casi in cui una previa legalità di segno contrario fosse giuridicamente sussistita, nei casi dei crimini contro l'umanità nel processo di Norimberga non vi è stata alcuna retroattività sfavorevole.

Protocollo finale può leggersi, quasi cifratamente per esigenze di assoluta segretezza, la decisione di sterminio: “Adesso, nell'ambito della soluzione finale, gli ebrei dovrebbero essere utilizzati in impieghi lavorativi a est, nei modi più opportuni e con una direzione adeguata. In grandi squadre di lavoro, con separazione dei sessi, gli ebrei in grado di lavorare verranno portati in questi territori per la costruzione di strade, e non vi è dubbio che una gran parte verrà a mancare per decremento naturale. Quanto all'eventuale residuo che alla fine dovesse ancora rimanere, bisognerà provvedere in maniera adeguata, dal momento che esso, costituendo una selezione naturale, è da considerare, in caso di rilascio, come la cellula germinale di una rinascita ebraica” [sul punto, tra la sterminata bibliografia, cfr. HILBERG R., *Carnefici, vittime, spettatori. La persecuzione degli ebrei (1933-45)*, Milano, 1997, 196].

³² Cfr. JAKOBS G., *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in J. Isensee (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992, 37 ss.; ID., *GA*, 1994, 1 ss.

³³ Cfr. SCHÜNEMANN B., *op. cit.*, 119.

³⁴ *Ibidem*.

Sul punto, vorrei concludere con due citazioni.

La prima. Nella famosa sentenza costituzionale n. 364/1988, in tema di ignoranza scusabile della legge penale, al punto n. 17, Renato Dell'Andro, Giudice relatore, affermava: "17. Va [...] precisato che le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano 'riconoscibili'; e ancora: "L'osservazione dell'«istante» in cui si viola la legge penale nell'ignoranza della medesima non può far dimenticare [...] che, 'prima' del rapporto tra soggetto e 'singola' legge penale, esiste un ben definito rapporto tra ordinamento e soggetto 'obbligato' a non violare le norme, dal quale ultimo rapporto il primo è necessariamente condizionato. È stato osservato e ribadito, esattamente, che un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è ma per quel che appare ai consociati".

La seconda. Trattando del principio di legalità, Mauro Ronco ne ha colte, con tersa proiezione analitica, le dimensioni strutturali, tra le quali, a proposito della predilezione per la riserva di legge formale, si rivela essenziale l'ostensibilità pubblica del dibattito parlamentare e del confronto culturale tra maggioranza e opposizione. Egli afferma: "La legge, pure scrostata da ogni pregiudizio ideologico favorevole e considerata realisticamente con tutte le deficienze e aporie che presenta nella concretezza storica, fornisce nel campo penale ragioni di garanzia più credibili delle altre fonti. Essa [...], come determinazione del Parlamento, tende a esprimere, almeno in situazioni normali, le esigenze maggiormente avvertite dalla comunità sociale cui è rivolta. Il procedimento legislativo si avvale, inoltre, della dialettica tra maggioranza e opposizione, componendo, ove possibile, le opinioni in conflitto. Grazie ai mezzi di informazione, la legge è verificabile nei presupposti criminologici e nelle finalità di politica criminale. In virtù, infine, della pubblicità che contraddistingue l'*iter* parlamentare, tutti, in particolare gli appartenenti al ceto dei giuristi, dall'accademia alla curia al foro, sono in grado di preventivarne le

conseguenze e di esprimere critiche alle modalità tecniche con cui è formulata”³⁵.

In breve: il previo adempimento dell’obbligo comunicativo è presupposto immanente della legalità, senza del quale non vi è residuo ambito per violazioni dell’irretroattività.

Concluderò ‘parafrasando’, con una similitudine, un altro grande Maestro della Scuola patavina del diritto penale, Giuseppe Bettiol: così come non può esistere diritto penale senza filosofia, non può esistere previa legalità penale, in quanto tale suscettibile di violazione retroattiva, senza consapevolezza comunitaria.

³⁵ Cfr. RONCO M., CARUSO G., *Il principio di legalità*, in RONCO M., AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016³, 5-6; circa l’insostenibilità, poi, della natura affatto adiafora ai contenuti espressa, secondo le più formalistiche riduzioni del diritto a potere concretamente e indiscriminatamente dispiegato nel tessuto sociale, il Maestro padovano afferma (*op. cit.*, 6-7): “V’è, infine, alla base del principio di legalità, un’esigenza, spesso non espressa, più profonda, per cui il precetto dovrebbe imporsi al destinatario non come comando eteronomo del potere coattivo dello Stato, bensì come espressione di una *ratio* intrinseca di giuridicità, che saldi insieme la determinazione positiva dell’organo di rappresentanza politica con l’istanza razionale che vorrebbe regolati i fondamentali rapporti oggetto della normazione penale (la tutela contro l’ingiusta aggressione alla vita, all’integrità personale, alla libertà, alle sue proiezioni oggettive e ai valori fondamentali dell’uomo e della società) nel rispetto della dignità umana, secondo i principi di colpevolezza, offensività e proporzionalità. In questa luce tanto il fondamento politico/costituzionale quanto quello giuridico/penalistico, in sé e per sé considerati, non focalizzano adeguatamente le aspettative profonde sottese al principio di legalità. La dimensione politico/costituzionale, isolata rispetto al fondamento di razionalità intrinseca della norma punitiva, trascura la possibilità che la stessa fonte legislativa oltrepassi i limiti di una penalità ragionevole e condivisa, formulando incriminazioni che puniscano la semplice disobbedienza alla ‘volontà’ dell’organo politico, ovvero depenalizzino in modo aberrante contegni intensamente meritevoli di penalizzazione. Per altro verso, la dimensione della certezza, considerata indipendentemente dall’esigenza di contribuire al rispetto dei diritti umani, rischia di giustificare regole pratiche di giudizio volte alla comminazione di una pena sì certa, ma sostanzialmente eliminativa e non rieducativa”.