

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

*Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Risicato
A. Vallini, F. Viganò*

Sezione I
Monografie

Giuseppe Puglisi

La clausola di Norimberga

Origine, struttura e significato dell'art. 7.2 C.E.D.U.



Giappichelli

PREMESSA

IL LATO “OSCURO” DELLA LEGALITÀ?

Ragioni e obiettivi dell'indagine

Con l'espressione *clausola di Norimberga* viene tradizionalmente indicato l'art. 7, § 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa (nel prosieguo, semplicemente, C.E.D.U. o Convenzione di Roma)¹.

Si tratta di una previsione particolarmente impegnativa sotto il profilo esegetico: la sua formulazione letterale è enigmatica, la prassi applicativa è relativamente povera e i contributi dottrinali in argomento, essendo perlopiù riconducibili al *genus* del commentario, sono privi (per comprensibili limiti tipologico-redazionali) di ricostruzioni dogmatiche approfondite che ne agevolerebbero la piena comprensione².

¹ Usano invece la denominazione *formula di Radbruch* (che, per le ragioni che esporremo più avanti, non ci pare fino in fondo precisa) L. BIN, «*Formula di Radbruch*», *principio di irretroattività e lex mitior*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2014; F. MAZZACUVA, *Sub art. 7 – Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 236 ss.; M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in L. DÍEZ-PICAZO-A. NIETO MARTÍN (a cura di), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Navarra, 2010, 245 ss.

² Fondamentali, fatte salve ulteriori indicazioni nel prosieguo, **α**) nella dottrina italiana, A. BERNARDI, *Art. 7 CEDU – “Nessuna pena senza legge”*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss.; E. NICOSIA, *Art. 7 CEDU – Nulla poena sine lege*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 288-297; **β**) nella dottrina tedesca J. ABR. FROWEIN-W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl am Rhein, 2009, 269-

Eppure, le questioni da essa sollevate impongono (almeno il tentativo di) una riflessione compiuta. Vediamo meglio perché, incominciando da acquisizioni oramai pacifiche.

Ai sensi dell'art. 7, § 1 C.E.D.U. «[n]essuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituisce reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Come accade a livello nazionale (art. 25, comma 2, Cost.), euro-unitario (art. 49, § 1, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea o, in breve, C.D.F.U.E.) e internazionale (art. 24 St. C.P.I.), anche la Convenzione di Roma – è noto – tutela l'individuo dall'applicazione *ex post facto* di precetti e sanzioni di nuova introduzione, siano essi formali o fattuali³: sviluppatasi nel *milieu* illuminista, l'idea della calcolabilità del rischio penale sottesa al principio di legalità *sub specie* di irretroattività è a ogni latitudine

278; **γ**) tra gli studiosi francesi, P. ROLLAND, *Article 7*, in L.-E. PETTITI-E. DECAUX-P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1999, 293-303; J. VELU-R. ERGEC, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, 1990, 510-517; **δ**) nei lavori in lingua inglese, E. BLEICHRODT, *Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation*, in P. VAN DIJK-F. VAN HOOFF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Anversa e Oxford, 2018, 655-666; C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, Monaco/Oxford/Baden-Baden, 2014, 171-182; D. HARRIS-M. O'BOYLE-ED BATES-C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 493-502; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford, 2015, 351-355; T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence*, in *Nordic Journal of International Law*, 2013, 221 ss.; **ε**) infine, nella dottrina spagnola S. HUERTA TOCILDO, *El contenido debilitado del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)*, in J. GARCÍA ROCA-P. SANTOLAYA MACHETTI (a cura di), *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, 2005, 455 ss.; J. LANDA GOROSTIZA, "Artículo 7. No hay pena sin ley", in *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*³, sotto la direzione di I. LASAGABASTER HERRARTE, Madrid, 2015, 298-337.

³ La nozione di *droit/law* comprende, per consolidata giurisprudenza, tanto il diritto scritto quanto quello di origine giurisprudenziale, purché accessibile e prevedibile, v. tra le più recenti, Corte E.D.U., Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, § 91, in *hudoc.echr.coe.int*.

(e con le rispettive sfumature) minimo comune denominatore del concetto di punizione legittima⁴.

⁴ Per punizione legittima intendiamo quella conforme alle articolazioni del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La paternità dell'espressione è tradizionalmente attribuita a P.J.A. FEUERBACH, *Leberbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts III*, Giessen, 1805, 22, 14 ss., secondo cui «*Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesets voraus*» (qualsiasi inflizione di una pena presuppone un codice penale); «*Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch die Existenz der bedrohten Handlung*» (l'inflizione della pena è dovuta all'esistenza dell'azione minacciata); «*Das gesetzlich bedrohte Factum (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe*» (il fatto incriminato dalla legge è determinato dalla punizione legale): *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*.

Sul noto significato storico-politico del principio di legalità in materia penale e sulla sua *ratio*, volta a garantire le libere scelte d'azione (specie rispetto agli abusi dei pubblici poteri), rinviando, a titolo meramente esemplificativo e senza pretesa di esaustività, a G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 99 ss.

Per la dimensione euro-unitaria del principio, nella dottrina italiana v., tra i contributi più recenti, F. VIGANÒ-C.E. PALIERO (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 2005; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

Sulla legalità convenzionale cfr., per tutti, A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 301 ss.; V. MANES, Art. 7 CEDU – *Nulla poena sine lege*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 258-288; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, spec. 56-82; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 74 ss.

Sulla crisi della legalità e della concezione del giudice *bouche de la loi* nel sistema reticolare delle fonti v., per tutti, C.E. PALIERO-S. MOCCIA-G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli, 2016; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015, 29 ss.; C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza, Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; mentre in materia di rimodulazione delle garanzie interne dovuta alle fonti sovranazionali (C.E.D.U. in particolare) cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZ-

Proseguendo nella lettura, tuttavia, lo scenario si complica: «[i]l 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*».

Il principio che la Convenzione ha appena sancito al paragrafo precedente sembra essere (se non rinnegato, quantomeno) depotenziato da una fonte estranea alla tradizionale grammatica dello *jus criminale*, ma usuale a quella dello *jus gentium*. Si ha cioè l'impressione che il *nullum crimen, nulla poena sine lege* corra su un doppio binario: il primo, più resistente, relativo ai crimini ordinari; il secondo, più fragile, attinente a crimini "stra-ordinari", rispetto ai quali l'affermazione del principio di irretroattività parrebbe più apparente che reale. Stando all'interpretazione letterale, infatti, la clausola di Norimberga abbraccerebbe condotte che al *tempus commissi delicti* non risultano sussumibili in una norma (incriminatrice) di diritto positivo, ma si collocano piuttosto all'interno di giudizi di disvalore dai contorni imprecisi e maturati in seno alla comunità internazionale⁵.

Senonché, questa apparente *souplesse ratione materiae* dà vita a un cortocircuito rispetto all'art. 15 C.E.D.U. che, pur permettendo deroghe alle previsioni convenzionali «in caso di guerra o [...] di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», esclude dal proprio spettro applicativo l'intero art. 7 e, così fa-

ZACUVA, *Le pene nascoste: Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019.

Infine sulla legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale, oltre alla bibliografia che sarà citata *infra*, v. M. DELMAS MARTY-E. FRONZA-E.L. ABDELGAWAD (a cura di), *Les sources du droit international pénal*, Parigi, 2005; M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003; E. FRONZA, *Le fonti*, in E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2020, 57 ss.; G. WERLE-F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*⁴, Oxford, 2020, 48-50.

⁵ Com'è stato efficacemente notato, «[d]i fatto siamo di fronte alla dicotomia *nullum crimen sine lege/nullum crimen sine iure*, e si tratta di stabilire se il diritto penale del XXI secolo è pronto a passare dal primo al secondo principio», G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 191.

cendo, dimostra di trattare in maniera unitaria il principio di legalità.

Ma vi è di più.

Il contenuto del § 2 è in buona sostanza inedito nel panorama giuridico successivo alla seconda guerra mondiale. Per ragioni storico-culturali esso ha stentato ad affermarsi nei trattati regionali posti a protezione dei diritti umani, nel cui novero la Convenzione di Roma pacificamente si ascrive⁶: occorrerà infatti attendere sedici anni perché il Patto Internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici (16 dicembre 1966) statuisca analogamente che «[n]ulla, 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*» (art. 15 § 2)⁷ e circa un cinquantennio perché l'art. 49, § 2, C.D.F.U.E. preveda: «[i]l 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*». Nulla di analogo tenore si rinviene nella Convenzione americana sui diritti umani, adottata il 22 novembre 1969 a San José di Costa Rica, in seno all'O.S.A. (Organizzazione degli Stati Americani)⁸, né nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, firmata il 27 giugno 1981 a Banjul (Gambia), nell'ambito della Conferenza dai ministri della Giustizia dell'O.U.A. (Organizzazione dell'Unità Africana)⁹, né infine nella Carta araba dei

⁶ Sui contenuti delle Carte dei diritti umani v. C. ZANGHÌ-L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019, *passim*.

⁷ S. JOSEPH-M. CASTAN, *The international covenant on civil and political rights*. Cases, Materials and Commentary, Oxford (Oxford University Press), 2013, spec. 521 ss.

⁸ Art. 9 – irretroattività della legge penale: «Nessuno può essere condannato per un'azione o omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge applicabile. Non può essere applicata una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso. Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne», v. per un commento F. VIGANÒ, *Principio di legalità e di retroattività*, in L. CAPPUCCIO-P. TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2017, 303 ss.

⁹ Art. 7: «1. Ogni persona ha diritto a che le sue ragioni siano ascoltate. Ciò com-

diritti dell'uomo del 15 settembre 1994 (emendata il 22 maggio 2004) promossa dalla Lega degli Stati Arabi¹⁰.

Quid iuris?

La disposizione¹¹ ex art. 7, § 2 accredita davvero deviazioni dal principio di legalità convenzionale, legittimando la punizione di taluno sol perché ha realizzato un fatto ripugnante alla macrocoscienza collettiva e che viene formalizzato in un momento successivo alla sua commissione?

Il nostro obiettivo sarà proprio quello di dare risposta a simili interrogativi, al fine di comprendere se, alla luce dell'odierno diritto penale, «*in atrocissimis [...] et licet iudici iura transgredi*»¹².

Pertanto, in primo luogo, tornerà utile collocare la previsione

prende: a) il diritto di investire le competenti giurisdizioni nazionali di ogni violazione dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti e garantiti dalle convenzioni, dalle leggi, dai regolamenti e dalle consuetudini in vigore; b) il diritto alla presunzione di innocenza fino a che la sua colpevolezza sia stabilita da una competente giurisdizione; c) il diritto alla difesa, compreso quello di farsi assistere da un difensore di propria scelta; d) il diritto di essere giudicato in un tempo ragionevole da una giurisdizione imparziale. 2. *Nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, al momento in cui ha avuto luogo, non costituiva una infrazione legalmente punibile. Nessuna pena può essere inflitta se non era prevista al momento in cui l'infrazione è stata commessa. La pena è personale e non può colpire che il delinquente*», v., in argomento, R. MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, Oxford (Oxford University Press), 2019, *passim*.

¹⁰ Art. 15: «Nessun reato e nessuna pena possono essere determinate se non in base ad una previa norma di legge. In ogni circostanza sarà applicata la norma più favorevole all'accusato», v. M. RISHMAWI, *Arab Charter on Human Rights (2004)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, consultabile all'indirizzo <https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>.

¹¹ Nel testo useremo fungibilmente i termini *disposizione* e *norma*, senza ignorare che la dottrina costituzionalistica [V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195 ss.], prima, e quella penalistica (M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss. e più di recente ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63 ss.), poi, li hanno distinti sul presupposto che la prima voce indicherebbe il testo scritto della norma, mentre la seconda il risultato della sua interpretazione.

¹² Se cioè nei delitti più atroci, quali sono i crimini internazionali, è lecito al giudice oltrepassare il diritto, come si domandava (rispetto, però, alla credibilità dei testimoni) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2016, 55 al § XIII.

in esame nel contesto storico di riferimento, evidenziandone origine e fondamento filosofico, riconducibili all’esperienza nazionalsocialista e alle forme di giustizia di transizione, nonché a istanze di giustizia sostanziale. In altre parole, poiché la norma è evidentemente “reazionaria” bisognerà prima capire meglio a cosa reagisce e come (cap. I).

Successivamente, occorrerà analizzarne la struttura, imperniata sui *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*. Assimilabili all’istituto delle clausole generali, essi sono «fattori di vaghezza inseriti all’interno della disposizione», che richiedono «la mediazione dell’interprete per il recupero della norma (quindi per la ricostruzione ermeneutica della fattispecie)»¹³ e confliggono apertamente con l’idea di una *lex stricta et certa*. La scarsa familiarità del penalista con la categoria ne imporrà l’esame, prima, nel contesto di appartenenza (*i.e.* l’ordinamento internazionale) e, poi, in quello di trasferimento (*i.e.* il diritto penale internazionale¹⁴). L’intento è quello di verificare se – sul terreno della puni-

¹³ Così, riflettendo su accessibilità e prevedibilità della norma penale, D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Questione Giustizia*, 4/2018, 45 ss., 46. V. anche ID., *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen” il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 5 giugno 2017 e ID., *La mappa dell’impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Dir. & Questioni Pubbl.*, 2/2018, 11 ss.

¹⁴ In questa sede conviene chiarire che l’espressione “diritto penale internazionale” non è unanimemente accolta. Il tema, come può intuirsi, è stato per lungo tempo appannaggio del diritto internazionale e solo a partire dall’adozione dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale, ha iniziato a formale oggetto di riflessioni sistematiche da parte della dottrina penalistica, stimolata dalla razionalità da quest’ultimo impressa alla materia. Come notano E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., nella *Premessa alla quarta edizione*, in Italia la locuzione *diritto internazionale penale* è tradizionalmente impiegata per la previsione e le procedure di punizione dei *crimina iuris gentium*, viceversa *diritto penale internazionale* indica quegli istituti che pertengono a rapporti non esclusivamente domestici (si pensi, *e.g.*, alla estradizione); tuttavia gli AA., operando una inversione concettuale, utilizzano la seconda etichetta per indicare il contenuto espresso dalla prima nella «convizione che un sistema di regole come quello in oggetto costituisca *prima di tutto “materia penale”*, pur sempre teleologicamente volto alla punizione di determinati individui (ed alla stigmatizzazione dei loro comportamenti) mediante sanzioni limitative della libertà personale» (corsivo nel testo), XVI. Tale dicotomia è tendenzialmente assente nell’ordinamento francese: come evidenzia C. LOMBOIS, *Droit pénal international*², Parigi, 1979, dedicando una sezione *ad hoc* del suo manuale alla *Ambiguité de l’expression*, 10-15, l’espressione comprende tanto le regole interna-

zione – si possa loro attribuire *in concreto* una funzione incriminatrice, come quella *prima facie* evocata dalla clausola di Norimberga (cap. II).

Le conclusioni teoriche provvisoriamente raggiunte andranno infine confrontate con la giurisprudenza della Corte E.D.U.

Due i livelli di lettura di quest'ultima parte: il primo (e più immediato) è quello che ricorda la tradizione anglosassone del *case-book*¹⁵; il secondo (e più impegnativo) è un tentativo di comprendere diacronicamente l'evoluzione del divieto di leggi *ex post facto* rispetto ai crimini internazionali scrutinati dai giudici di Strasburgo (cap. III). Solo a questo punto potremo comprendere *a)* se (non ai principi generali, ma) all'art. 7 § 2 C.E.D.U. (che li evoca) va attribuita valenza “mnestico-monitoria” oppure funzione “incriminatrice-ultrattiva” e *b)* il rapporto tra C.E.D.U. e C.D.F.U.E. *in subiecta materia*.

zionali che impongono una condotta, sanzionandola in caso di trasgressione del precetto, quanto una branca specializzata del diritto penale interno che «fissa le modalità peculiari di applicazione alle situazioni che presentano un elemento di estraneità», 11 (trad. nostra). L'A., tuttavia, consapevole della confusione che può ingenerarsi, propone di usare nel primo senso l'espressione *droit des infractions internationales* e, nel secondo, quella di *droit pénal extranational*, 14-15.

Merita attenzione, nella nostra dottrina, la formula impiegata da M. CATENACCI, “*Legalità*”, cit., 6, nota 16, di “sistema penale ultra-statuale” per descrivere una realtà al crocevia tra un diritto sovranazionale in senso stretto, munito cioè di meccanismi di coercizione, e l'obbligo di cooperazione verticale che può essere non solo richiesto, ma anche preteso. Sul punto altresì R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 17 ss.; R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2008, 38 ss.

Ciò premesso, nel prosieguo utilizzeremo l'espressione *diritto penale internazionale* nell'accezione, stipulativa, di E. AMATI ET AL.

¹⁵ Genere letterario tanto caro al diritto penale internazionale v., per tutti, A. CASSESE-G. ACQUAVIVA-M. FAN-A. WHITING, *International criminal law. Cases & Commentary*, New York, 2011 e, nella nostra dottrina, E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, I, Casi e Materiali*, Torino, 2010.

IL SUPERAMENTO DEL PASSATO ATTRAVERSO IL DIRITTO

La legalità penale dopo il secondo conflitto mondiale

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il diritto penale totalitario. – 3. La giustizia di transizione e i suoi modelli. – 4. Il superamento del passato attraverso il diritto internazionale. Il processo di Norimberga: premessa metodologica. – 4.1. (*Segue*): *pars destruens*. – 4.2. (*Segue*): *pars construens*. – 5. Il superamento del passato attraverso il diritto nazionale. L'ordinamento tedesco e le *formule di Radbruch*: implicazioni teoriche. – 5.1. (*Segue*): profili applicativi. – 6. La legalità penale internazionale all'indomani del secondo conflitto mondiale: *fiat iustitia et pereat mundus*?

1. *Considerazioni preliminari.*

Lo storico britannico Eric John Hobsbawm ha definito il Novecento un «secolo breve» palcoscenico di eventi catastrofici¹ tra cui si colloca, senza tema di smentita, l'esperienza nazionalsocialista.

Se è ancora discussa tra gli studiosi l'unicità dell'Olocausto² (definito anche, con evidente impostura linguistica, «soluzione fi-

¹ E.J. HOBSBAWM, *Il Secolo breve, 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, 1995 conia l'espressione per indicare il rapido susseguirsi di eventi dallo scoppio della prima Guerra Mondiale fino alla dissoluzione dell'Unione Sovietica (in contrapposizione al «secolo lungo», l'Ottocento), distinguendo l'età della catastrofe (1914-1945), quella dell'oro (1946-1973) e la frana (1973-1991).

² Sul punto v., *inter alios*, H.L. FEINGOLD, *How Unique is the Holocaust?*, in A. GROBMAN-D. LANDERS (a cura di), *Genocide. Critical issues of the Holocaust*, Los Angeles, 397 ss. e il volume collettaneo curato da A.S. ROSENBAUM, *Is the Holocaust unique? Perspectives on comparative genocide*, New York, 2009, *passim*.

nale della questione ebraica»), è sicuramente indiscutibile la ferita *lato sensu* culturale da esso inflitta³: «[I]e tragedie del nostro secolo» – afferma Gustavo Zagrebelsky – «si compendiano in Auschwitz. Una parola che non riguarda solo il mondo ebraico o solo la storia politica, né tantomeno la storia di un popolo (o di due), ma pone tutte le scienze dell'uomo, e il diritto tra queste, di fronte a un fatto di portata capitale per la comprensione del proprio oggetto»⁴.

Del resto, il timore per il ritorno di un nuovo conflitto su scala globale è dimostrato, a livello internazionale, dall'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (O.N.U.), per mezzo della quale – superata la fallimentare esperienza della Società delle Nazioni – i popoli si sono impegnati a «salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità»⁵. A livello nazionale, invece, il carattere perdurante di questa preoccupazione è evidenziato dagli interventi volti a scongiurare nuove forme di antisemitismo: si pensi alla “recente” criminalizzazione per l'ordi-

³ Emblematiche sul punto le riflessioni di H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, trad. it. di C. ANGELINO, Genova, 2014: la grandezza del male è stata tale e tanta che «[n]on vi è più posto per fedeltà o infedeltà, fede o agnosticismo, colpa e paura, o per termini come testimonianza, prova, e speranza di salvezza e neppure per forza e debolezza, eroismo o viltà, resistenza o rassegnazione», 22. Insomma, «Auschwitz rappresenta [...] per l'esperienza ebraica della storia una realtà assolutamente nuova e inedita, che non può essere compresa e pensata con le categorie teologiche tradizionali», 23. Le riflessioni di Jonas, secondo cui – in ultima analisi – Dio è buono, ma non onnipotente («la rinuncia avvenne infatti acciòché noi potessimo essere», 41), si spiegano se collocate nell'ambito della religione ebraica, che vede il mondo come luogo di giustizia; diversamente, invece, per il cristiano che è «nel mondo, ma non del mondo», Gv. 17:6-19, e quindi attende la salvezza della vita eterna. È lo stesso A., *op. loc. ult. cit.*, che sente il bisogno di precisarlo.

V. pure K. JASPERS, *The Question of German Guilt* (1946), trad. it. *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, 1996 che individua la *colpa metafisica* nella lesione del principio di solidarietà tra esseri umani; concetto che viene in rilievo qualora si assista al male e alle ingiustizie e a essi si sopravviva.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 142. J.F. SCHAUB, *L'Europe a-t-elle une histoire?*, Parigi, 2008, 17 afferma che l'Europa è «figlia della catastrofe».

⁵ È l'*incipit* del preambolo alla Carta delle Nazioni Unite, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945 e ratificata dall'Italia – membro O.N.U. dal 1955 – con legge 17 agosto 1957, n. 848.

namento italiano di quella forma particolarmente detestabile di discorso d'odio che *a*) viene rubricato sotto la voce *negazionismo*⁶, *b*) ha come oggetto la *Shoah* e i crimini internazionali contemplati nello St. C.P.I. (meritando, pertanto, la definizione di “negazionismo allargato”) e *c*) trova la sua ragion d'essere formale nella Decisione Quadro 2008/913/GAI sulla «*Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*», del 28 novembre 2008, pubblicata in G.U.U.E., legge 6 dicembre 2008, n. 328/55⁷. Il che avvalorava l'idea secondo cui l'obiettivo della civile convivenza (o se si vuole, più utopisticamente, della pace) passa, anche a distanza di molti anni, dal contrasto alle discriminazioni e supporta l'opinione di chi ritiene la *Shoah* strumento di collegamento tra passato e presente, di legittimazione delle istituzioni europee nonché di avvertimento per il futuro⁸.

Tuttavia, in questa sede non si vuole rispondere all'annosa

⁶ Si tratta per il nostro ordinamento della legge 28 giugno 2016, n. 115 recante modifiche «in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale», in vigore dal 13 luglio, che ha aggiunto all'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 il comma 3 *bis*. Oggi tuttavia lo stesso art. 3 cit., per il tramite del d.lgs. n. 81/2018 attuativo della c.d. Riforma Orlando è divenuto, *ceteris paribus*, l'art. 604 *bis* c.p., quale *delitto contro l'eguaglianza*. Sull'introduzione dell'aggravante del negazionismo v. S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del “negazionismo”: offensività della condotta e valori in campo*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016; E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2017, 155 ss.; C.D. LEOTTA, voce *Negazionismo*, in *Digesto online/Pluris*, 2018; volendo G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016; E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *lalegislazionepenale.eu*, 8 febbraio 2018. In prospettiva comparata v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; EAD., *Memory and punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, The Hague, 2018. Sui crimini d'odio anche in prospettiva comparata v., per tutti, L. GOISIS, *Crimini d'odio, Discriminazioni e diritto penale*, Napoli, 2019. Più in generale v. M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 10 febbraio, 2021.

⁷ Per tutti v. P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *ius17@unibo.it*, n. 3/2011, 109 ss.

⁸ È la tesi, tra i molti, di M. BRESCIANI, *La Giornata della Memoria è ormai storia*, in *Ricerche di Storia Politica*, 26 gennaio 2016.

questione dell'*unde malum*⁹, ma piuttosto evidenziare l'intimo le-

⁹Si tratta, in primo luogo, di un *topos* della filosofia morale. Mancherebbero inoltre qualsivoglia pertinenza con la trattazione nonché l'armamentario concettuale per affrontare il problema. Qui possiamo indulgiare, in via esemplificativa, su alcune teorie formulate per spiegare le «sorgenti del male» (l'espressione è di Z. BAUMAN, *Le sorgenti del male*, a cura di Y.-J. PARK, Trento, 2011), nella convinzione che il ritorno al giusnaturalismo (su cui v. *infra* nel testo) e con esso la marcata funzionalizzazione del diritto (penale) alla tutela della dignità umana possa spiegarsi anche in virtù dell'inesistenza di vedute univoche sull'origine del *malum*, tanto acuto da rendere necessario l'appello allo *jus gentium*.

Secondo taluni la *ratio* di tanta malvagità riposerebbe in alcune caratteristiche biologiche o biografiche dell'individuo (e.g. il rapporto coi genitori). In questo senso v. in particolare la teoria della personalità autoritaria di T.W. ADORNO-E. FRENKEL-BRUNSWIK-D.J. LEVINSON-R.N. SANFORD, *The authoritarian personality*, New York, 1950. Gli Studiosi, esponenti della Scuola di Francoforte, individuano una "specie antropologica", la *personalità autoritaria* appunto, che si distingue, in estrema sintesi, per intolleranza, insicurezza e conformismo. Più consueto imbattersi nell'opinione di H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, 2014 (trad. it. di *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, Londra, 1963), che, documentando il processo a Otto Adolf Eichmann (*Obersturmbannführer* delle SS), ha etichettato il male come banale: l'imputato, ad onta dei numerosi rastrellamenti di cui era stato esecutore, era un soggetto superficiale, incapace di pensare criticamente e di immedesimarsi nell'altro; tutto fuorché un uomo demoniaco (efficacissima è la sintesi di Z. BAUMAN, *Le sorgenti del male*, cit., 52: «le mostruosità non hanno bisogno di mostri, [...] gli oltraggi esistono senza che vi siano personaggi oltraggiosi»), ma anzi un burocrate talentuoso (così J. LITTLE, *Le benevole*, Torino, 2007). Una menzione merita anche l'opinione del filosofo G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, Torino, 2003, secondo cui il male deriva da un *surplus* di capacità tecnologica dell'individuo cui si accompagna un *deficit* di immaginazione. In altre parole, dall'interazione tra *orgoglio* (per il progresso tecnologico), *sfida* (alle capacità performative delle macchine) e *vergogna* (per l'impossibilità di raggiungere i medesimi risultati) nasce un senso di alienazione, definita *discrepanza prometeica*, che rende il singolo incapace di ponderare/immaginare le conseguenze della propria condotta.

In prospettiva sociologica, riflette sul rapporto tra Shoah «come archetipo/metafora-ponte di tutte le forme di male», 16, e Modernità A. BORGHINI, *Sociologia del male: un percorso di ricostruzione*, in *Studi sulla questione criminale*, 1/2020, 11 ss.

Va, infine, richiamato P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2008. Come noto, lo Studioso assegna – in maniera casuale – ad alcuni studenti volontari i ruoli di "carcerieri" o "prigionieri", al fine di valutare gli effetti determinati da stati di prigionia su entrambi i *target*. Tuttavia, l'esperimento carcerario di Stanford viene bruscamente interrotto dopo cinque giorni dal suo inizio a causa dei progressivi abusi delle guardie nei confronti dei detenuti.

Lo studio vorrebbe dimostrare come anche persone "normali" possono diventare "cattive" se inserite in un contesto che presenta come ordinario il comportamento

game tra l'esperienza nazionalsocialista e le forme di tutela sorte all'indomani del secondo conflitto mondiale, giacché «il linguaggio dei diritti umani è intimamente connesso alla memoria del male»¹⁰.

Infatti, l'affermazione del “male radicale” ha portato a rimproverare al giuspositivismo ottocentesco di avere favorito, sotto lo scudo *Gesetz ist Gesetz*, il diritto nazista¹¹ e ha fatto riemergere, come reazione al primo, i postulati del giusnaturalismo¹².

Tale ultima prospettiva valorizza, com'è noto, l'esistenza di un diritto meta-positivo, valido anche se misconosciuto dal Potere e l'unico munito di efficacia vincolante nel caso di contrasto con i precetti formalizzati in un testo scritto¹³.

più atroce («sono i cattivi sistemi [che] creano cattive situazioni», 611). Le medesime conclusioni valgono, secondo l'A., per la tristemente nota vicenda di Abu Ghraib.

Sulla possibilità che fattori istituzionali influiscano su fondamento e limiti della responsabilità penale v. di recente A. SPENA, *Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell'Effetto Lucifero*, in *Studi sulla questione criminale*, 1/2020, 65 ss.

¹⁰ S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, 15.

¹¹ È l'accusa di G. RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, (apparso per la prima volta) in *Rhein-Neckar-Zeitung*, Heidelberg, 12 settembre 1945 (trad. in inglese B. LITSCHESKI PAULSON-S.L. PAULSON, *Five Minutes of Legal Philosophy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/2006, 13-15): «Diese Auffassung vom Gesetz und seiner Geltung (wir nennen sie die positivistische Lehre) hat die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze» [Questa concezione della legge e della sua validità (la chiamiamo teoria positivista) ha reso i giuristi e la gente indifesi contro le leggi più arbitrarie, crudeli o criminali, trad. nostra]; *contra*, nel senso che i giudici non furono puramente vittime, B. RÜTHER, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Waldel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg, 2017; I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Juristiz*, Monaco, 1987 [il titolo dell'opera trae spunto da una (all'epoca) famosa vicenda i cui il poeta *Rolf Hochbut* in *Giuristi* aveva definito un presidente del consiglio del Land Baden-Württemberg, «orribile giurista» (*furchtbarer Jurist*, appunto) per la sua attività di giudice militare durante il periodo nazista, concretizzatasi nella pronuncia di molte sentenze di condanna alla pena di morte, a loro volta giustificate in base al diritto vigente al momento dei fatti].

¹² M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 16/2011, 55-93, 57. Sul punto v. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. G. DE STEFANO, Milano, 1965.

¹³ Sul giusnaturalismo come insieme di «valori universali di giustizia che assomma-

In questo capitolo guarderemo quindi al passato, esaminando preliminarmente i caratteri del diritto penale tedesco totalitario; ciò perché la comprensione delle soluzioni fornite per contrastarne il ritorno passa necessariamente attraverso lo studio dello scadimento delle garanzie dell'individuo. Successivamente, previo inquadramento delle forme della giustizia di transizione, verificheremo come si è realizzato il *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*¹⁴ (superamento del passato per mezzo del diritto) sia tramite il processo di Norimberga, su cui aleggia lo spettro della giustizia dei vincitori, sia nell'ordinamento tedesco, luogo privilegiato per l'applicazione della *formula di Radbruch*. Questo percorso ci consentirà di comprendere il retroterra storico-culturale posto a fondamento dell'art. 7, § 2, C.E.D.U.

2. Il diritto penale totalitario.

La “dinamica nazista” trova le sue radici nella *débâcle* subita dalla Germania con la Prima Guerra Mondiale.

In un saggio del 1918 Maurice Hauriou, difendendo il diritto naturale, critica aspramente lo Stato tedesco quale luogo in cui hanno trovato radicamento – pur essendo sorti in tempi più risalenti – nazionalismo, brigantaggio e collettivismo giuridici¹⁵, vale a dire rispettivamente: la negazione dell'esistenza di un diritto naturale e immutabile (a vantaggio del diritto domestico, reputato il migliore)¹⁶, la convinzione che *ius* e *vis* coincidano¹⁷

no in principi ideali eterni scritti da sempre nella ragione e nel cuore dell'uomo» v. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, 238.

¹⁴ Padre dell'espressione è K. REDEKER, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 1097 ss.

¹⁵ M. HAURIUO, *Il diritto naturale e la Germania*, trad. a cura di P. COSTA, Seregnio, 2018.

¹⁶ L'iniziatore fu F.C. VON SAVIGNY, «perché, nella sua teoria sull'origine del diritto, faceva derivare i principi primi del diritto dalla coscienza giuridica di ciascun popolo e non già dalla coscienza e dalla ragione universali», tuttavia si deve a JHERING la concezione della prevalenza dello Stato sul diritto stesso (definito come politica della forza), M. HAURIUO, *op. cit.*, 15-16.

¹⁷ «Il diritto pubblico non è che un'espressione della forza collettiva, poiché ogni