



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM: TUTELA PENALE E GARANZIE DELLA PERSONA NEL DIRITTO INTERNO,
COMPARATO, EUROPEO ED INTERNAZIONALE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

– XXXII CICLO –

**LEGALITÀ CONVENZIONALE E CRIMINI INTERNAZIONALI
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA CLAUSOLA DI NORIMBERGA**

TESI DI:
GIUSEPPE PUGLISI

TUTOR:
CHIAR.MA PROF.SSA LUCIA RISICATO

COORDINATORE:
CHIAR.MA PROF.SSA CONCETTA PARRINELLO

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

Indice

pag.

| | |
|----------------------------|---|
| <i>Introduzione</i> | I |
|----------------------------|---|

CAPITOLO I

IL SUPERAMENTO DEL PASSATO ATTRAVERSO IL DIRITTO

La legalità penale dopo il secondo conflitto mondiale

| | |
|--|----|
| 1. Considerazioni preliminari | 1 |
| 2. Il diritto penale totalitario | 5 |
| 3. La giustizia di transizione e i suoi modelli | 14 |
| 4. Il superamento del passato attraverso il diritto internazionale | |
| Il processo di Norimberga: premessa metodologica | 19 |
| 4.1. (<i>Segue</i>): <i>pars destruens</i> | 22 |
| 4.2. (<i>Segue</i>): <i>pars construens</i> | 31 |
| 5. Il superamento del passato attraverso il diritto nazionale | |
| L'ordinamento tedesco e le <i>formule di Radbruch</i> : implicazioni teoriche | 32 |
| 5.1. (<i>Segue</i>): profili applicativi | 42 |
| 6. La legalità penale internazionale all'indomani del secondo conflitto mondiale: <i>fiat iustitia et pereat mundus?</i> | 45 |

CAPITOLO II

I PRINCIPI GENERALI RICONOSCIUTI DALLE NAZIONI CIVILI

Profili teorico-ricostruttivi

| | |
|---|----|
| 1. Considerazioni preliminari | 52 |
| 2. I <i>Travaux Préparatoires</i> | 57 |
| 3. Principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili: principi vs regole | 60 |
| 3.1. (<i>Segue</i>): una nozione polisemica | 65 |
| 3.2. (<i>Segue</i>): l'art. 38 ST. C.I.G. | 67 |
| 4. (<i>Segue</i>): la prassi dei Tribunali penali internazionali. Premessa | 75 |
| 4.1. (<i>Segue</i>): il T.P.I.J. Fondamento e giurisdizione | 77 |
| 4.1.1. (<i>Segue</i>): il T.P.I.J. La vicenda <i>Tadić</i> | 79 |
| 4.1.2. (<i>Segue</i>): il T.P.I.J. La vicenda <i>Erdemović</i> | 83 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.3. (<i>Segue</i>): il T.P.I.J. La vicenda <i>Furundžija</i> | 88 |
| 4.2. (<i>Segue</i>): il T.P.I.R. Fondamento e giurisdizione | 91 |
| 4.2.1. (<i>Segue</i>): il T.P.I.R. La vicenda <i>Akayesu</i> | 92 |
| 5. Principi generali del diritto, funzione incriminatrice e diritto penale internazionale contemporaneo | 94 |
| 6. Il «diritto internazionale» e i rapporti tra art. 7 § 1 e 2 C.E.D.U. | 103 |

CAPITOLO III

LA CLAUSOLA DI NORIMBERGA

Profili pratico-applicativi

| | |
|--|-----|
| 1. Considerazioni preliminari | 108 |
| 2. La clausola di Norimberga: meccanismo di funzionamento e ampiezza dello spettro applicativo | 112 |
| 3. Il paradigma “eccezionalista”. Le prime decisioni della Commissione E.D.U. nel solco della <i>ratio</i> ispiratrice | 114 |
| 3.1. L’eccezione generalizzata: i casi <i>Touvier</i> e <i>Papon</i> | 116 |
| 3.2. L’eccezione generalizzata: i casi <i>Naletilič</i> e <i>Linkov</i> | 119 |
| 4. Il paradigma “intermedio”. Tra generalizzazione e garanzia | 122 |
| 4.1. (<i>Segue</i>): i casi <i>Kolk-Kislyiy</i> e <i>Penart c. Estonia</i> | 123 |
| 5. Il paradigma “garantista”. Introduzione | 125 |
| 5.1. (<i>Segue</i>): prove di collaudo. I casi <i>K.H.W c. Germania</i> e <i>Streletz, Kessler, Krenz c. Germania</i> | 128 |
| 5.1.2. (<i>Segue</i>): prove di collaudo. Il caso <i>Tess c. Lettonia</i> | 133 |
| 5.2. (<i>Segue</i>): il caso <i>Kononov c. Lettonia</i> | 134 |
| 5.3. (<i>Segue</i>): il caso <i>Korbely c. Ungheria</i> | 138 |
| 5.4. (<i>Segue</i>): il caso <i>Ould Dah c. Francia</i> | 141 |
| 5.5. (<i>Segue</i>): il caso <i>Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina</i> | 143 |
| 5.6. (<i>Segue</i>): il caso <i>Vasiliauskas c. Lituania</i> | 146 |
| 6. Postilla. <i>Fiat iustitia ne pereat mundus</i> | 149 |

| | |
|---------------------------|-----|
| <i>Conclusioni</i> | 150 |
|---------------------------|-----|

| | |
|----------------------------|-----|
| <i>Bibliografia</i> | 154 |
|----------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Indice delle decisioni citate</i> | 190 |
|---|-----|

Introduzione

Occuparsi del principio di legalità è al giorno d'oggi, per la mole e la qualità dei contributi, una fatica di Sisifo¹.

¹ Esigenze di sistematicità impongono di distinguere tra il versante *domestico* della legalità, quello *sovranazionale* (termine volutamente generico, in quanto idoneo a comprendere tanto il diritto euro-unitario, quanto quello convenzionale, sebbene nella letteratura più recente, visto il dialogo tra le Corti, le dimensioni appena richiamate vanno a intersecarsi) e quello *internazionale*. E nondimeno, per la mole di contributi sul tema, ogni indicazione rischia di essere arbitraria.

A) Pertanto, senza pretesa di esaustività, su origine, fondamento e *ratio* garantista del principio nel diritto interno v., nella manualistica, A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2018, 67 ss.; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 103 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 67 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 103 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 49 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2016, 72 ss.; C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 79 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2017, 42 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2017, 3 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018, 43 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, 17 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, 90 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, 87 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, 2017, 69 ss.

Ancora, in generale, cfr. M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, Roma, 1990; P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; G. MARINI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.; A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1040 ss.; F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. RONCO (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, 35 ss.; M. SINISCALCO, *Ratio di «certezza» e ratio di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, 993 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 493 ss.

B) Sul versante euro-unitario, per la dottrina italiana v., tra i contributi più recenti, AA. VV., *Europa e diritto penale*, in F. VIGANÒ – C. E. PALIERO (a cura di), Milano, 2013; G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, 310 ss.; 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*,

Per arrivare – usiamo ancora la metafora mitologica – a *una* cima, pare si debbano intraprendere sentieri poco esplorati e affrontarne le impervietà.

Sennonché, nell’ambito di tale *topos* della penalistica moderna, lo sforzo viene alleviato tanto dalla speranza di fornire alcuni strumenti

Milano, 2005; G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, 59-95; 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.

F) 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*, Padova, 2012, 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.

Δ) Come segnalato, il dibattito attuale ruota attorno a due poli: da un canto la crisi della legalità e della concezione del giudice *bouche de la loi* nel sistema reticolare delle fonti, dall’altro la rimodulazione delle garanzie. Nel primo senso v., per tutti, AA. VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014*, in C.E. PALIERO-S. MOCCIA- G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO (a cura di), 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; nel secondo cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *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.

E) Infine sulla legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale, oltre alla bibliografia che sarà citata *infra*, v. AA. VV., *Les sources du droit international pénal*, in M. DELMAS MARTY – E. FRONZA – E. L. ABDELGAWAD (a cura di), 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, 2016, 57 ss.

ermeneutici funzionali alla decodificazione di norme oscure, quanto dall'insegnamento secondo cui una ricerca trova il proprio significato non necessariamente nel traguardo (*i.e.* nel merito delle soluzioni), ma anche nel percorso (*i.e.* nel metodo d'indagine e nella problematizzazione della questione)².

È alla luce di tali brevissime premesse (dal sapore – lo riconosciamo – di *excusationes non petitae*) che preghiamo il lettore di valutare questo studio sull'art. 7/2 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* (nel prosieguo C.E.D.U.).

La dottrina (italiana e straniera) se n'è invero occupata poco e in trattazioni generali appartenenti, nella maggior parte dei casi, al *genus* del commentario³, esprimendo – quanto agli esiti applicativi – forti riserve critiche.

² La mente va ad A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe. Essai sur l'absurde*, Paris, 1942, *passim* (trad. it. ID., *Il mito di Sisifo*, Milano, 2011): «anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un uomo. Bisogna immaginare Sisifo felice». Quest'affermazione (saccente, specie se impiegata da un neofita com'è chi scrive) ci pare trovi conforto (e perda quindi gran parte della sua pretenziosità) nelle parole del maestro G. MARINUCCI, secondo cui, come raccontato da S. CORBETTA e C. DE MAGLIE in AA. VV., *In memoria di un grande maestro. Ricordando Giorgio Marinucci*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, 1 ss., rispettivamente, 18-19 e 21, «[g]li istituti giuridici [...] sono come i mobili di un salotto: a volte basta cambiare la loro disposizione per rendere il salotto più bello» o ancora «“[o]riginale [...] non è necessariamente il nuovo assoluto”»; è anche riuscire a “sistemare i mobili della stanza in modo da valorizzarne gli spazi e gli elementi”».

³ Anticipando in parte i contributi che saranno considerati v., in lingua 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*, cit., 288-297.

Nella dottrina tedesca cfr. J. ABR. FROWEIN - W. PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl am Rhein, 2009, 269-278; v., 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; infine, in lingua inglese, cfr. 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.

Statuire infatti che «[i] 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*» [corsivo nostro], significa – accenniamo già in premessa al *rebus* – derogare all’irretroattività della norma incriminatrice, valorizzando profili di giustizia (sostanziale) a detrimento della portata garantista oggi unanimemente riconosciuta al *nullum crimen* internazionale⁴.

Pertanto, al fine di comprenderne più a fondo senso e portata, tornerà in primo luogo utile calare la previsione nel contesto storico di riferimento. Sarà così possibile evidenziare i legami tra *nazional-socialismo* (la cui esperienza ha lasciato segni tangibili nel sistema di tutela dei diritti consolidatosi in seno al Consiglio d’Europa), *giustizia di transizione* e *fondamento* dell’art. 7/2 C.E.D.U. (CAP. I).

Attenzione particolare sarà poi riservata ai *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*; principi che, com’è facile intuire, confliggono apertamente con l’idea di una *lex praevia et certa*. Vista la scarsa familiarità del penalista con la categoria, risulterà necessario esaminarne l’operatività in seno, prima, all’ordinamento internazionale e, poi, nell’ordinamento penale internazionale⁵, tenuto

⁴ G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 191, sottolinea come «[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», corsivi dell’A.

⁵ 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 formare 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 terza 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 «convinzione 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», XVI (corsivo nel testo). Tale dicotomia è tendenzialmente assente nell’ordinamento francese: come nota 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 internazionali che

conto – in quest’ultimo caso – dell’ampio uso da parte dei tribunali *ad hoc*, da un canto, e della situazione di marginalità in cui essi vengono relegati – almeno apparentemente – dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (nel prosieguo ST. C.P.I.) dall’altro (CAP. II).

Infine, dovrà analizzarsi la prassi della Corte E.D.U. (CAP. III).

Di quest’ultima parte saranno possibili due livelli di lettura: il primo (e più immediato) è quello che ricorda la tradizione anglosassone del *case-book*⁶; il secondo (e più impegnativo) è un tentativo di comprendere se l’art. 7/2 C.E.D.U. sia una «buona cosa di pessimo gusto»⁷ con funzione solo *mnestico-monitoria*; oppure se, al contrario, sia possibile ritagliare al principio ivi sotteso un qualche margine applicativo, riconoscendogli – per così dire – funzione *ultrattiva*.

Insomma, si tratterà di capire se «*in atrocissimis [...] et licet iudici iura transgredi*»⁸.

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.

⁶ 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, AA. VV., *Diritto penale internazionale*, I, *Casi e Materiali*, in E. MEZZETTI (a cura di), Torino, 2010.

⁷ La citazione è mutuata da G. GOZZANO, *L’amica di Nonna Speranza*, in *I colloqui*, Milano, 1917, 87.

⁸ Nei delitti più atroci, quali sono i crimini internazionali, è lecito al giudice oltrepassare il diritto? È questa la domanda che C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2016, 55 al § XIII si poneva rispetto, però, alla credibilità dei testimoni.

CAPITOLO I

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.

Il Novecento, definito dallo storico britannico E. J. HOBBSAWM «secolo breve», è stato il palcoscenico di eventi catastrofici¹: tra questi, il nazionalsocialismo ha rivestito un ruolo di primo piano.

Si può certamente dibattere in merito all'unicità dell'Olocausto² (definito anche, con evidente impostura linguistica, «soluzione finale della questione ebraica»), ma è indiscutibile il profondo turbamento da esso generato³: «[l] e tragedie del nostro secolo» - afferma G.

¹ E. J. HOBBSAWM, *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 AA. VV., *Genocide. Critical issues of the Holocaust*, A. GROBMAN – D. LANDERS (a cura di), 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*.

³ Emblematiche sul punto le riflessioni di H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, trad. it. di Carlo 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

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.

Che il turbamento perduri, poi, lo dimostrano la nascita dell'O.N.U., con la quale i popoli delle Nazioni Unite si impegnano 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, ma soprattutto la più recente, almeno per il nostro ordinamento, (e...tardiva) criminalizzazione di quella forma particolarmente odiosa di *hate speech* che: viene rubricato sotto la voce *negazionismo*⁶, ha come oggetto la *Shoah* e i crimini internazionali contemplati nello ST. C.P.I. (meritando, pertanto, la definizione di “negazionismo allargato”) e trova la sua ragion d'essere nella Decisione Quadro 2008/913/GAI sulla «Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia

l'esperienza ebraica della storia una realtà assolutamente nuova e inedita, che non può essere compresa e pensata con le categorie teologiche tradizionali», 23 [corsivo nostro]. Le riflessioni di Jonas, secondo cui – in ultima analisi – Dio è buono, ma non onnipotente («la rinuncia avvenne infatti acciocché 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.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 142.

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.

⁶ Si tratta della L. 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 L. 13 ottobre 1975, n. 654 il c. 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. VENAFFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *lalegislationepenale.eu*, 8 febbraio 2018.

mediante il diritto penale», del 28 novembre 2008, pubblicata in G.U.U.E., L. 328/55 del 6 dicembre 2008⁷.

Ciò supporta l'idea secondo cui l'obiettivo della civile convivenza (o se si vuole, più utopisticamente, della pace) passa, a distanza di molti anni, dal contrasto alle discriminazioni, di cui l'antisemitismo può considerarsi l'emblema.

In questa sede, però, non possiamo rispondere all'annosa questione dell'*unde malum*⁸.

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 Si tratta, in primo luogo, di un *topos* della filosofia morale; del resto, mancherebbe qualsivoglia pertinenza con la trattazione. Tuttavia, possiamo indugiare, 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* della 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.

Ci preme piuttosto evidenziare l'intimo legame tra tale esperienza 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»⁹.

Infatti, l'affermazione del “male radicale” ha portato a rimproverare al giuspositivismo ottocentesco di avere favorito, sotto lo scudo *Gesetz ist Gesetz*, il diritto nazista¹⁰. All'indomani del secondo conflitto mondiale sono pertanto riemersi, come reazione, i postulati del giusnaturalismo¹¹. In tale prospettiva, si valorizza 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 scritto¹².

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 individuali (§ 2). Successivamente e previo

⁹ S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, 15.

¹⁰ 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. LITSCHIEWSKI 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 Wandel 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 Hochhuth 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).

¹¹ 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.

¹² Sul giusnaturalismo come insieme di «valori universali di giustizia che assommano 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.

inquadramento delle forme della giustizia di transizione (§ 3), verificheremo come si è realizzato il *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*¹³ (superamento del passato per mezzo del diritto) sia tramite il processo di Norimberga, su cui aleggia lo spettro della giustizia dei vincitori¹⁴ (§§ 4, 4.1, 4.2), che nell'ordinamento tedesco, luogo privilegiato per l'applicazione della *formula di Radbruch* (§§ 5, 5.1). Questo percorso ci consentirà di comprendere il retroterra storico-ideologico alla base dell'art. 7/2 C.E.D.U. (§ 6).

2. Il diritto penale totalitario.

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

In un saggio del 1918 M. HAURIOU, difendendo il diritto naturale, critica aspramente lo Stato tedesco quale luogo in cui hanno trovato spazio e 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 e l'idea che l'individuo sia uno strumento dello Stato e non il contrario.

Il giudizio del filosofo francese è ferale: «[l']intera nazione è stata intossicata, tutte le menti sono in preda di questa nevrosi. Si è stabilita a tutti gli effetti una nuova religione, la religione dell'impero tedesco e della razza tedesca, primo e sinistro esempio di religione dell'umanità»¹⁸.

¹³ Padre dell'espressione è K. REDEKER, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 1097 ss.

¹⁴ Per tutti v. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Bari, 2006, *passim*.

¹⁵ M. HAURIOU, *Il diritto naturale e la Germania*, a cura di P. COSTA, Seregno, 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. HAURIOU, *op. cit.*, 15-16.

¹⁷ «Il diritto pubblico non è che un'espressione della forza collettiva, poiché ogni regola posta dallo Stato è giustificata dalla finalità di potenza, finalità suprema dello Stato», ID., *op. cit.*, 15.

¹⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

Di lì a breve, forte della debolezza della Costituzione della Repubblica di Weimar¹⁹, l'ideologia nazionalsocialista prenderà il sopravvento; a favorirla anche lo sgretolamento delle classi sociali con la conseguente affermazione, da un canto, di alcune *élites* e l'emersione, dall'altro, della massa insicura e sola.

Vanno ravvisate in questo contesto le origini del totalitarismo che, tramite il partito unico, il terrore e il trasferimento del potere dall'esercito alla polizia segreta, governa il popolo (invero già obbediente), facendogli ritrovare il senso di appartenenza smarrito²⁰.

Senonché, la macchina totalitaria, per funzionare, ha bisogno di un nemico che, in questo caso, veniva individuato in primo luogo nell'ebreo, intralcio al naturale corso dell'ideologia e quindi da espellere dal tessuto sociale²¹.

A tale quadro "istituzionale" fa da *pendant* l'indebolimento dello Stato di diritto, che riposa: *a*) nell'adozione di misure liberticide, giustificate dalla situazione di emergenza; *b*) nella creazione di giudici *ad hoc*; *c*) nella sovrapposizione tra sfera pubblica e privata, a detrimento delle prerogative individuali, *d*) nella negazione del principio di legalità²².

¹⁹ L'art. 48, comma 2, Cost. Weimar dell'11 agosto 1919 statuiva: «[i]l presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 (inviolabilità della libertà personale), 115 (inviolabilità dell'«abitazione»), 117 (inviolabilità della corrispondenza), 118 (libertà di manifestazione del pensiero), 123 (libertà di riunione), 124 (libertà di associazione) e 153 (tutela della proprietà)». La traduzione italiana è reperibile all'indirizzo: http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/19190811_germaniaWeimar_ita.pdf

Nell'elenco non è ricompreso l'art. 116, *principio di legalità*, ma, come stiamo per vedere, il *nullum crimen* fu profondamente trasfigurato.

²⁰ È la tesi espressa in H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, 2017.

²¹ Come sottolinea T. VORMBAUM, *La legislazione razziale nella Germania nazista*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 97 ss., le riflessioni sulla "razza" non nascono certo con il nazionalsocialismo, potendosi già nell'Ottocento individuare una distinzione tra antisemitismo *religioso, economico* e *razziale*, eppure «[n]on c'è dubbio [...] che il fulcro dell'argomentazione – se è consentito parlare di «argomentazione» - si sposta nel corso del tempo dal primo al secondo e poi al terzo modello argomentativo», 97.

²² Fondamentali in questa ricostruzione i saggi di C. POESIO, *Il confino di polizia, la «Schutzhaft» e la progressiva erosione dello Stato di diritto* e B. BUSHART, *Il diritto penale totale. «Sistema di valori» o mera repressione?*, in AA. VV., *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. LACCHÉ, Roma, 2015, 96 ss. e 115 ss.

A) *L'adozione di misure liberticide.*

Con il pretesto di arginare il comunismo, uno dei cui esponenti, Marinus van der Lubbe, fu ritenuto responsabile dell'incendio divampato nella notte tra il 27 e 28 febbraio 1933 del palazzo del *Reichstag*, è adottato il *Reichstagsbrandverordnung* (regolamento per la protezione del popolo e dello Stato, o Regolamento dell'incendio del *Reichstag*): l'atto introduce l'istituto del *Schutzhaft* (analogo al «confino» fascista)²³, potenzia i poteri della polizia (autorizzata ad arrestare gli oppositori politici) e consente lo scioglimento dei partiti di opposizione²⁴.

Beninteso, la temporaneità connessa al concetto di emergenza avrebbe forse potuto fugare il pericolo di una degenerazione, ma, quando con la «Legge per il superamento della necessità per il popolo ed il Reich» (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, 24 marzo 1933), conosciuta altresì come «legge dei pieni poteri» (*Ermächtigungsgesetz*), l'Esecutivo e il Legislativo vengono fatti coincidere, il dubbio di una involuzione diventa certezza.

In altre parole, l'emergenza, stabilizzatasi, mette in crisi l'idea del codice (o, più in generale, di un testo scritto) quale atto di sottomissione dello Stato al diritto e ne propugna una, diametralmente opposta, di subordinazione del cittadino allo Stato.

B) *La creazione di giudici ad hoc.*

Dopo l'incendio del *Reichstag*, con il Regolamento del 21 marzo 1933, ai tribunali ordinari si affiancano 1) i Tribunali Speciali (*Sondergerichte*), composti da giudici professionali e in un primo momento competenti solo per i reati previsti dal Regolamento sull'incendio; 2) il Tribunale del popolo (*Volksgesichtshof*), istituito con Regolamento del 12 giugno 1934 e reso permanente con legge del 18 aprile 1936. In quest'ultimo caso la nomina dei giudici era riservata ad Hitler su proposta del Ministero della Giustizia²⁵.

C) *La sovrapposizione tra sfera pubblica e privata.*

²³ Analogamente, durante la dittatura fascista, l'istituto del confino fu reintrodotta (nell'Ottocento il domicilio coatto era «servito» a contrastare il fenomeno del brigantaggio) dopo il fallimento dell'attentato a Benito Mussolini ad opera di Anteo Zamboni, linciato dagli squadristi fascisti, v. C. POESIO, *op. cit.*, 97.

²⁴ EAD., *op. loc. ult. cit.*: «lo strumento della *Schutzhaft* fu, insomma, istituzionalizzato e assunse il valore di detenzione politica, di lotta preventiva a tutti i potenziali nemici del regime». Il presunto autore dell'incendio fu condannato a morte all'esito dell'applicazione retroattiva della c.d. *Lex van der Lubbe* (Legge sull'inflizione e l'esecuzione della pena capitale del 29 marzo 1933), v. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, 2013, 268-269.

²⁵ Cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 267-268.

L'assottigliamento tra sfera pubblica e privata trova la sua *ratio* nella nozione etica dello Stato. In questa prospettiva, esso crea la società ed assomma in sé tutte le forze; non si tratta, per dirla à la G. MAGGIORE (penalista aderente al Manifesto della razza), di «un ordinamento di forme astratte, che fanno capo a un centro di imputazione non reale, ma finto, secondo l'infelice costruzione normativistica del Kelsen. Lo Stato», invece, «è una persona vera non finta, perché si incarna nella personalità stessa del suo Capo. Esso non si fonda sull'astratta autorità della legge, ma sul prestigio di una persona fisica, armata di volontà e di coscienza, che è quella del Duce, capo della rivoluzione»²⁶.

Duce o *Führer* in questo caso è lo stesso: l'obiettivo è l'edificazione di una società migliore, che si realizza tramite l'estromissione degli indesiderati.

A ciò mirano le leggi del 15 settembre 1935, eccezionalmente adottate dal Parlamento, a Norimberga, luogo in cui si celebra(va) la giornata del partito nazionalsocialista (da qui la denominazione più comune di Leggi di Norimberga)²⁷: la «Legge sulla cittadinanza del *Reich*» (*Reichsbürgergesetz*) e la «Legge per la tutela del sangue (e dell'onore) del popolo tedesco» (*Blutschutzgesetz*).

La prima distingue tra *a*) appartenente allo Stato (*Staatsangehöriger*), vale a dire chi, ai sensi del § 1, comma 1, ha una peculiare obbligazione verso la Germania, alla luce di una alleanza di protezione e *b*) cittadino del regno (*Reichsbürger*), *i.e.* «solo chi abbia appartenenza allo Stato, sia di sangue tedesco o apparentato, il quale attraverso il suo comportamento dimostri che intende ed è idoneo a servire in fedeltà il popolo e il *Reich* tedeschi» (§ 2, comma 2). A quest'ultimo *status*, poi, il § 2, comma 3, ricollega tutti i diritti politici secondo le leggi.

L'atto normativo non fa riferimento, a rigore, agli ebrei.

Sarà invece il Regolamento di esecuzione n. 13 (*13. Verordnung zum Reichsbürgergesetz*) a colpirli specificamente: al § 1 si legge che «i reati commessi dagli ebrei sono puniti dalla polizia» (disposizione definita da autorevole dottrina «risvolto penalistico dell'Olocausto»²⁸), mentre il § 4 perentoriamente recita: «[u]n ebreo non può essere cittadino del

²⁶ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 140 ss., 144. Continua l'A.: «nello Stato totalitario è immanente ogni forma di attività individuale e collettiva [...]. Non dunque, chiuso in un apatico agnosticismo, egli si limita a tutelare il diritto e a fare da guardiano notturno all'individuo: ma si compenetra con la vita dell'individuo e della società, e lavora alla loro elevazione morale», 145, corsivo nostro.

²⁷ T. VORMBAUM, *La legislazione razziale*, cit., 103.

²⁸ T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 292.

Reich. Non possiede nessun diritto di voto in vicende di rilevanza politica; non può ricoprire un ufficio pubblico»²⁹.

La seconda limita invece *expressis verbis* i diritti dei giudei, vietando il matrimonio tra questi ultimi e gli appartenenti allo Stato o apparentati (§ 1), il rapporto extra-coniugale (§ 2, si trattava della c.d. vergogna razziale o *Rassenschande*, che prevedeva, solo per gli uomini, il carcere o la pena detentiva di rigore), nonché il servizio come domestiche delle donne tedesche di età inferiore ai quarantacinque anni presso famiglie di religione ebraica (§ 3).

D) La negazione del principio di legalità.

Le ragioni della crisi del *nullum crimen, nulla poena sine lege* dovrebbero a questo punto essere state intuite.

La verità, come ricorda F. PALAZZO, è che «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo»³⁰ e sicuramente, utilizzando una metafora medica, al *Führerstaat* è riconducibile un generalizzato saturnismo.

Alla base l'idea che «il reato non è una infrazione contro la legge formale, bensì un attacco all'ordinamento basilare del popolo tedesco, contro l'ordine etico del popolo e la più intima legge della comunità»³¹, gli ideologi nazisti ne propugnano una concezione materiale finalizzata non a reprimere la violazione di un diritto soggettivo³², né tantomeno di

²⁹ Ai sensi del § 5, comma 1, Reg. esecuzione «è ebreo colui che discende da almeno tre nonni completamente ebrei secondo la razza», mentre il § 2, comma 2, «risolvendo» i problemi probatori, statuisce: «[è] da ritenersi pienamente ebreo uno dei nonni, se ha appartenuto alla comunità religiosa ebraica», per queste informazioni e le eccezioni contemplate per ricondurre nell'ambito applicativo del regolamento chi avesse solo due nonni ebrei (a rigore escluso dal regolamento) v. T. VORMBAUM, *La legislazione razziale*, cit., 106-107.

³⁰ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. 2, Milano-Padova, 2016, 1087 ss. mutua a sua volta l'espressione dalla *Prefazione* di P. Calamandrei a *Dei delitti e delle pene*.

³¹ G. DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlino, 1935, 7, fondatore insieme a Friedrich Schaffstein della Scuola di Kiel.

³² Per l'idea di reato come azione che contraddice un diritto altrui v. P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 16^a ed., a cura di Mittermaier, 1847, rist. anast. 1986 § 20.

un bene giuridico³³, ma la volontà malvagia dell'individuo e il riprovevole atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*)³⁴.

Palmare espressione di questa transizione alla violazione del dovere (*Pflichtverletzungslehre*, in cui ogni reato è un reato proprio perché su ciascuno grava la qualifica soggettiva di “suddito”) e al diritto penale d'autore (*Tätertypenlehre* e *Täterschuld*)³⁵ è la Novella sull'analogia del 28 giugno 1935, alla cui stregua (§ 2 *StGB*), «[è] punito colui che commette un fatto previsto dalla legge come reato o che *merita di essere punito* secondo il *concetto di fondo* (*Grundgedanke*) di una legge penale e secondo il *sano sentimento del popolo* (*gesundes Volksempfinden*). Se per il fatto non trova diretta applicazione nessuna legge determinata, esso viene punito secondo la legge il cui concetto di fondo meglio gli si adatta»³⁶.

In questo modo, venuto meno il carattere frammentario del diritto penale³⁷, il giudice co-opera con l'esecutivo alla creazione del precetto, senza che abbia più senso distinguere tra lacune primarie e secondarie³⁸

³³ È la tesi di J. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminal Rechts*, Bd. 15 (1834), 149 ss. Sulla crisi della funzione di legittimazione negativa del bene giuridico, che, beninteso, questa teoria ha acquistato in tempi più recenti, essendo nata per ampliare l'area della repressione penale, v. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, *passim*.

³⁴ Esemplificative le parole di G. MAGGIORE, *op. cit.*, 155: «[i]l delinquente è anzitutto un ribelle. Ribellandosi all'ordine giuridico-politico costituito dallo Stato, esso aggredisce l'onore dello Stato – consistente nella sua autorità – ma offende parimenti il suo onore di suddito dello Stato [...]. Lo Stato non deve tollerare né il proprio disonore, né che nel suo dominio vivano degli uomini disonorati».

³⁵ Per una sintesi dei contrapposti orientamenti, soggettivista e oggettivista, nonché dei relativi risultati pratici v. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.

³⁶ Il § 2 *a* facultizzava l'applicazione dei principi di non ultrattività dell'incriminazione e della retroattività della *lex mitior*, mentre il § 2 *b* consentiva la condanna sulla base di un «accertamento alternativo». L'articolo è stato poi abrogato dalla L. 30 gennaio 1946, n. 11 della Commissione Alleata di Controllo, v. per questi profili G. VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 501. Cfr. in argomento, P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 1 ss.

³⁷ Da intendersi come «la naturale propensione delle norme incriminatrici a selezionare solo alcune tipologie di fatti offensivi di un determinato interesse di rilevanza sociale, rinunciando a una tutela onnicomprensiva [...]», G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 109.

³⁸ Le prime sono frutto della selezione operate a monte dal legislatore, le seconde sono «il riflesso di mutamenti della realtà sociale o di evoluzioni tecnologiche, intervenuti successivamente all'emanazione delle norme incriminatrici: con

e con l'unico vincolo – ammesso che sia tale – di indicare, motivando sul punto, la fonte dell'incriminazione suppletiva³⁹.

Sebbene imperniata su argomentazioni formalmente diverse, ci pare giunga al medesimo risultato la sentenza del Grande Senato del *Reichgericht* sulla *Rassenschande*⁴⁰.

Come abbiamo ricordato, il § 2 della *Blutschutzgesetz* incriminava le «relazioni extraconiugali» (*Außerehelicher Verkehr*) tra ebrei e «cittadini di sangue tedesco o di sangue apparentato»⁴¹. La lingua tedesca, tuttavia, per indicare il rapporto sessuale conosce i lemmi *Geschlechtsverkehr* e *Beischlaf*. Il § 11 del regolamento esecutivo – norma definitoria – esplicitava che, ai sensi e per gli effetti della Legge sulla purezza del sangue e dell'onore, la condotta incriminata era «solo il rapporto sessuale», *i.e.* la congiunzione carnale.

Senonché il *Großer Senat*, pur statuendo che la norma incriminatrice non riguardi tutte le condotte impudiche, afferma altresì che il suo spettro applicativo non può ritenersi circoscritto al coito. Essa

conseguente emersione di nuovi fenomeni, non previsti, né prevedibili dal legislatore, e che non si lasciano ricondurre a nessuno dei possibili significati delle parole usate dalla legge», così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 125. Gli AA. a chiare lettere continuano: «[i]n ogni caso, qualunque sia l'origine della lacuna, il solo potere legittimato a colmare la lacuna, compiendo la scelta politica di reprimere certi fatti con l'arma della pena, è il potere legislativo», *ibidem*.

³⁹ T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 295 osserva: «[c]ome reso evidente soprattutto dalla Novella sull'analogia [...], la legislazione dello Stato nazista tendeva ad un rafforzamento del ruolo del giudice [...] in questo momento si assiste al rinnovato incontro di due fattori, questa volta tali da spingere nella direzione opposta» [rispetto alla diffidenza illuminista verso il giudiziario]. «Da un lato, dalla politica criminale di Listz derivava necessariamente la richiesta di una maggiore libertà di azione del giudice, il quale deve pronunciare la pena di volta in volta più adeguata per il singolo autore; dall'altro, le esperienze fatte delle autorità con la magistratura tedesca nel periodo imperiale e nel periodo di Weimar erano tali da far loro apparire sostenibile, anzi desiderabile, trattare il giudice quale “partner molto comprensivo (*verständnisvoll*) del legislatore”». Per una panoramica della giurisprudenza v. V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung und die Dogmengeschichte des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Berlino, 1983, 32 e G. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte d'applicazione del § 2 del codice penale del Reich*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, 1 ss.

⁴⁰ Sent. 9 dicembre 1936, in *Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen*, vol. 70, 1937.

⁴¹ Si riporta, per comodità del lettore, il testo del § 2 in lingua originale: «*Außerehelicher Verkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder arverwandten Blutes ist verboten*», in <http://www.documentarchiv.de/ns/nbgesetze01.html>

comprende «tutte le attività sessuali con un appartenente all'altro sesso, che per come realizzate sono destinate a servire, al posto del coito, al soddisfacimento dell'impulso sessuale quanto meno di un soggetto»⁴². La decisione si basa su due argomenti: 1) la circostanza che il legislatore pur conoscendo il termine «concubito» non lo aveva in questo caso impiegato; 2) la natura bi-offensiva del fatto, lesivo cioè alternativamente del sangue e dell'onore del popolo tedesco (come dimostrato dal titolo della legge)⁴³.

È chiaro che, se a fronte di una definizione inequivoca il giudice amplia la portata dell'incriminazione, l'applicazione della norma è analogica e *in malam partem*, a prescindere dal percorso argomentativo; analogia che, ove apertamente impiegata, avrebbe *paradossalmente* prodotto risultati più coerenti col sistema.

Il diritto penale tedesco canta così il *de profundis* del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, abbracciando l'insidioso *nullum crimen sine poena*⁴⁴: il sospettato (e non, si badi, l'imputato) non ha garanzie

⁴² Sent. 9 dicembre 1936, in *Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen*, vol. 70, 1937, 375.

⁴³ La sentenza è esaminata, anche con riferimento alle formule linguistiche, da T. VORMBAUM, *La legislazione razziale*, cit., 108-109; ID., *Storia moderna*, cit., 273-274. In tedesco v. G. WERLE, «*Das Gesetz ist Wille und Plan des Führers*» – *Reichsgericht und Blutschutzgesetz*, in *NJW*, 1995, 1267-1271; R. OGOREK, «*Rassenschande*» und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in *KritV*, 3, 2003, 280 ss.

⁴⁴ C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in *JW*, 1934, 713 ss., 713-714: «a questo principio liberale (*rechtsstaatlich*) 'nulla poena sine lege' contrappongo il principio di giustizia 'nullum crimen sine poena'». Come nota F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., il diritto nazionalsocialista è forma di manifestazione di un diritto penale dell'oppressione, in cui «alla legalità formale, con la sua funzione di certezza, si sostituisce la *giustizia materiale*, che è attuazione del diritto «vivente» del Popolo e che il giudice deve realizzare «intuendo», entro e fuori la fattispecie legale, ciò che è secondo e ciò che è contro il sano sentimento giuridico del Popolo stesso», XXXIX.

Ai medesimi epiloghi si giunge nell'ordinamento sovietico: v. il codice penale della Repubblica russa del 1922, il cui art. 10 statuiva: «in caso di mancanza nel Codice Penale di norme specifiche per ogni singolo delitto, le pene o le misure di difesa sociale si conformeranno a quegli articoli del Codice Penale che contemplano delitti analoghi per importanza e qualità» (norma riprodotta all'art. 3 dei *Principi fondamentali del diritto penale sovietico*, modello per l'intera U.R.S.S.). Sul punto v. G. VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 500.

Diversa è l'esperienza italiana in cui l'eredità del liberalismo fu così forte da non consentirne l'abbandono. Da qui il «fastidio» di G. MAGGIORE, *op. cit.*: «[i]l principio *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali* si leva come una muraglia insormontabile avanti l'interprete e appare come il Palladio inviolabile della

da opporre, ma – anche per il mero dissenso ideologico o, peggio ancora, per il proprio essere – è nemico da punire, giacché ostacola il perfezionamento dello Stato⁴⁵.

giustizia [...] Anche il nostro codice penale del 1930 ha bruciato il suo incendio all'altare di quel sacrosanto principio [...]. Bisogna tuttavia dire che anche in Italia, con l'incessante marcia innanzi della rivoluzione, la religiosità fanatica per la famosa massima illuministica perde, sempre più, ogni giorno terreno [...] Oggi la questione va posta su un terreno politico anziché giuridico. Bisogna chiedersi: il principio «nessun delitto senza legge» è compatibile con lo Stato totalitario? [...] La risposta non può lasciar dubbi. Se il magistero punitivo è il massimo potere che lo Stato ha nelle sue mani per esercitare la sua autorità, poiché è un diritto armato, un vero *jus gladii*, è inconcepibile che lo Stato totalitario consenta spogliarsene per un malinteso riguardo ai diritti dell'individuo delinquente. Uno Stato totalitario che non può tollerare alcun limite alla sua attività, tanto meno può consentire ad esaurirsi, quando quell'autorità è diretta alla persecuzione della delinquenza», 157-158. Certo, coglie nel vero G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007, vol. II, 983 ss. quando sottolinea come, esaurita la dialettica legislativa, il principio di legalità finisce per rivestire solo portata teorica: «nel codice penale di un regime nel quale non esisteva più una palestra parlamentare di libero confronto tra le forze politiche e sociali, il principio di legalità e i suoi corollari assumono un valore meramente formale volto a garantire ai consociati l'esistenza di una norma scritta emanata dagli organi competenti prima della commissione del fatto di reato e ad assoggettare il giudice al vincolo di subordinazione ad una legge ormai svuotata dei meccanismi di produzione democratica, senza alcuna possibilità di sindacarne i contenuti sostanziali», 988-989.

⁴⁵ È il paradigma del *Feindstrafrecht* elaborato da G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, che può essere accolto solo nell'accezione empirico-descrittiva di uno statuto penale differenziato e deteriore nei confronti di determinati *target* e non di certo in quella normativa, v. G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI - R. ORLANDI, Bologna, 2007, 191 ss.

La bibliografia è sterminata, ci limitiamo pertanto a segnalare: AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. PAPA - M. DONINI, Milano, 2007; P. ALBRECHT, *Krieg gegen den Terror – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *ZSTW*, 2005, 852 ss.; K. AMBOS, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlino, 2004; M. CANCIO MELIÁ, *Feind "Strafrecht"?*, in *ZSTW*, 2005, 267 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, *Il "diritto penale del nemico" darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, 39 ss.; ID., *Del "Derecho penal liberal" al "Derecho penal del enemigo"*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 87 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 735 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*,

Tuttavia, terminato il conflitto, l'«esorbitanza criminale»⁴⁶ della Germania nazista ha consegnato alla civiltà giuridica lasciati significativi, accomunati – lo stiamo per vedere – dalla necessità di fare i conti con il passato e scongiurare l'eterno ritorno dell'uguale.

3. La giustizia di transizione e i suoi modelli.

Chiudere i conti con il passato è un'esigenza comune a tutte le società nate dalle ceneri di un conflitto che ha distrutto *ab imis* le vecchie fondamenta, violando i diritti umani. Il Terzo Reich – come abbiamo cercato rapidamente di dimostrare – ne è un esempio. In questa prospettiva, la *giustizia di transizione* (o *transitional justice* dal nome di una ricerca sui processi di democratizzazione e sugli strumenti giuridici utilizzati per garantire giustizia e stabilità, finanziato dallo *United States Institute of Peace*)⁴⁷ è un insieme di meccanismi che perseguono due obiettivi costanti, uno politico e l'altro giuridico⁴⁸.

2/2007, 55 ss.; G. JAKOBS, *Terroristen als personen im Recht?*, in *ZSTW*, 2005, n. 4, 117 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, spec. 1-8; B. SCHÜNEMANN, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!*, in *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kai Nhem am 65. Geburtstag*, a cura di R. GRIESBAUM - R. HANNICH - K.H. SCHNARR, Berlino, 2006, 219 ss.; R. ZAFFARONI, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

⁴⁶ Così T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 256.

⁴⁷ E conclusosi con la pubblicazione di tre volumi: AA.VV., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, a cura di J. N. KRITZ, Washington, 1995.

⁴⁸ In quest'ultimo senso v. T. VORMBAUM, *L'elaborazione del passato*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., 113 ss., 113.

A parte il già menzionato volume curato da J. N. KRITZ, cfr., *inter plurimos*, AA. VV., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, a cura di K. AMBOS – J. LARGE – M. WIERDA, Berlino – Heidelberg, 2009; AA. VV., *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-orientale*, a cura di G. GOZZI – F. MARTELLI, Bologna, 2004; AA. VV., *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, 2009; R. BARTOLI, *La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in AA. VV., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. PALAZZO - R. BARTOLI, Firenze, 2011, 57 ss.; J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008, 19 ss.; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013; ID., *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, 2015, 547 ss.; R. MANI, *Beyond retribution:*

Il primo è la trasformazione di un ordinamento non democratico in uno Stato di diritto al fine di garantire, nel rispetto delle diversità di ognuno, la pacifica convivenza («giustizia *della* transizione»⁴⁹).

Il secondo è il bisogno di rispondere ai crimini in precedenza commessi per ottenere l'«assestamento» di valori, sotteso al concetto di transizione («giustizia *nella* transizione»⁵⁰).

Com'è stato efficacemente notato, «mentre in tempi ordinari ci si aspetta che il diritto garantisca ordine e stabilità, in periodi straordinari di disordini politici, il diritto è chiamato a mantenere l'ordine e al tempo stesso a consentire una trasformazione»⁵¹.

Pertanto, malgrado sia difficile trovarne una accezione univoca⁵², la giustizia di transizione è, con le parole del Segretario Generale O.N.U.

seeking justice in the shadows of war, Malden, 2002; R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice: contemporary essays*, Oxford, 2014.

⁴⁹ Così R. BARTOLI, *op. cit.*, 61 e s., corsivo nel testo. Secondo l'A., per comprenderne il senso occorre valutare il carattere radicale del conflitto in base alla sua dimensione politico-valoriale. «Porre al centro la dimensione politico-valoriale del conflitto consente infatti di adottare una concezione – per così dire – essenziale (da essenza) e ampia della giustizia di transizione. Essenziale, perché è proprio la contrapposizione assoluta tra diverse visioni di valori che determina una violazione dei diritti umani così vasta e consistente. Ampia, perché permette di non avere limiti storici [...]; né geografici [...]; né sul piano dei conflitti», 62.

⁵⁰ *Id.*, *op. cit.*, 63.

⁵¹ R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 150. In queste situazioni l'Autrice attribuisce al diritto un ruolo «costituente» e «costruttivista», 181.

⁵² Oltre alla bipartizione, a fini descrittivi, di R. Bartoli (che è in realtà tripartizione giacché l'A. individua anche una «giustizia *in* transizione [...] nel senso che ha un carattere particolarmente dinamico [...]», 63, mutando in base ai contesti in cui è chiamata a operare), v. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, 49 che parla di «concezione di giustizia associata a periodi di mutamento politico, caratterizzata da risposte legali al fine di confrontarsi con le violazioni di un precedente regime repressivo», circoscrivendone l'ambito applicativo alla sola *post conflict justice*; *contra* K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in AA.VV., *Building a Future*, cit., 19 ss., secondo cui la giustizia di transizione comprende altresì le situazioni di conflitto in corso (si pensi alle guerre civili), 21-22.

Il dibattito è efficacemente sintetizzato da P. SULLO, *Una truth commission senza verità? L'Instance Equité et Réconciliation nella transizione marocchina*, in AA. VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. MECCARELLI – P. PALCHETTI – C. SOTIS, Madrid, 2014, 157 ss., 179: «[n]onostante la centralità di cui gode oggi la *transitional justice* nel dibattito sulla tutela dei diritti umani, non ne esiste una definizione unanimemente [accolta]. Come ricorda Alex Boraine, alcuni autori hanno rifiutato questa definizione, preferendo ad essa quella di “giustizia post-conflitto”, che tuttavia non sembrerebbe rappresentare adeguatamente la sfaccettata

«l'intera gamma di processi e meccanismi associati con i tentativi di una società di fare i conti con un'eredità di passati abusi su larga scala, al fine di assicurare le responsabilità, servire la giustizia ed ottenere riconciliazione. Essi possono includere meccanismi giudiziari o extragiudiziali, con differenti livelli di coinvolgimento internazionale (o nessuno) e persecuzione individuale, riparazioni, ricerca delle verità, riforme istituzionali, indagini ed epurazioni o una combinazione degli stessi»⁵³.

Si può dunque ritenere che nel suo *genus* rientrino (cumulativamente o alternativamente) tutti gli strumenti volti alla punizione dei criminali, alla elaborazione del lutto collettivo, nonché alla riconciliazione e alla ricostruzione della compagine statale⁵⁴.

Ne risulta un ambito operativo molto vasto.

Dal punto di vista metodologico, infatti, esso non è limitato al tradizionale paradigma retributivo, sebbene sia evidente come l'istituzione della Corte Penale Internazionale vi rientri pienamente.

In alcuni contesti, la logica retribuzionistica, secondo cui al *malum actionis* deve ineluttabilmente seguire il *malum passionis*, non fa altro che incrementare il desiderio di vendetta e la sofferenza complessiva, oltre a scontrarsi con le difficoltà di perseguire una grandissima quantità di autori.

È stato sostenuto che «la *definitività* delle sofferenze inflitte a centinaia di milioni di individui [...] rende del tutto improponibile l'idea di una riparazione dei torti, di un recupero delle perdite» e che «è necessario

complessità di problemi sollevati dalle transizioni di regime, che possono essere frutto anche di negoziazione (come è avvenuto per il Sudafrica) o di collasso di un'entità statale. Altri riconducono la giustizia di transizione (riducendola) al sistema giurisdizionale ordinario, senza tener conto del fatto che determinati crimini mettono in evidenza proprio i limiti del processo penale in specifici contesti, in cui tra l'altro è fortemente improbabile che la macchina della giustizia ordinaria funzioni normalmente», il rinvio è ad A. BORAINÉ, *Transitional Justice as an Emerging Field*, presentato al congresso *Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy*, Ottawa, 11 marzo 2004.

⁵³ Rapporto del Segretario Generale O.N.U., *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. 23 agosto 2004, p. 4, § 8, reperibile all'indirizzo <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>.

⁵⁴ P. SULLO, *Una truth commission senza verità?*, cit., 170. L'A., *op. loc. ult. cit.*, sottolinea a ragione che «la scelta dello strumento attraverso il quale si attua la *prise en charge* del passato [...] ha dirette conseguenze sul patto costituente che dà origine al nuovo ordinamento e sulla cristallizzazione della memoria collettiva che sta a fondamento di questo».

[...] creare meccanismi preventivi efficaci che consentano di bloccare sul nascere ogni attentato contro [i diritti umani fondamentali]»⁵⁵.

La giustizia di transizione raccoglie, almeno in parte, questo invito non rinunciando alla sanzione, ma includendo nel proprio spettro applicativo anche il paradigma restaurativo, imperniato sul dialogo e sulla mediazione tra offensore e vittima⁵⁶.

Più in generale, sono state individuate quattro macro-categorie di mezzi di cui essa si serve⁵⁷.

A) Strumenti per garantire alle vittime e alla società di conoscere la verità su quanto accaduto rispetto alla responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti in atti di violenza: è il caso, *e.g.*, delle commissioni per la verità e la riconciliazione (*Truth and Reconciliation Commissions* o *TRC*)⁵⁸;

B) strumenti per garantire l'accesso alla giustizia penale: giurisdizione interna e internazionale *in primis*;

C) strumenti per ottenere vuoi il pieno risarcimento alle offese subite (*restitutio in integrum*), vuoi compensazioni finanziarie, assistenza medica e psicologica delle vittime, garanzie di reinserimento sociale;

D) strumenti per implementare l'obbligo statale di prevenire la ripetizione dell'accaduto, mediante meccanismi di indagine, esclusione dall'apparato statale dei responsabili delle violazioni *etc.*

⁵⁵ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 221 e 225, corsivo dell'A.

⁵⁶ In argomento M. STARITA, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, 2003 e ID., *La giustizia internazionale per gross violations di diritti umani fra esigenze retributive e riconciliative*, in AA. VV., *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. FIANDACA – C. VISCONTI, Torino, 2009, 59 ss. Sulle premesse, il funzionamento e i risultati della giustizia riparativa nel contesto interno v., per tutti, AA. VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015; AA. VV., *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, a cura di G. FORNASARI – E. MATTEVI, Trento, 2019.

⁵⁷ P. SULLO, *op. cit.*, 180. Nello stesso senso K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 34-39, individua i diritti (delle vittime) a *Verità, Giustizia e Riparazione*.

⁵⁸ Particolarmente istruttivi A.M. GENTILI - A. LOLLINI, *L'esperienza delle Commissioni per la verità e la riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica*, in AA. VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, 2000, 163 ss.; A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

Tornando alla questione che ci interessa più da vicino, il «superamento del passato» secondo J. ARNOLD può avvenire in tre modi:

- mediante il **modello del colpo di spugna** (*Schlußstrichmodell*);
- mediante il **modello della persecuzione penale** (*Strafverfolgungsmodell*);
- mediante il **modello della conciliazione** (*Aussöhnungsmodell*)⁵⁹.

All'indomani del secondo conflitto mondiale, vuoi per la straordinarietà della guerra, vuoi perché che la giustizia di transizione era ancora in fase embrionale⁶⁰, il *Vergangenheitsbewältigung* tedesco si realizzò attraverso il paradigma più rudimentale, *i.e.* quello punitivo. Detto altrimenti, le potenze vincitrici, da un canto, e l'ordinamento tedesco, dall'altro, ritennero indefettibile ai fini della ricostruzione di un nuovo ordine, la lotta contro l'impunità.

Questa scelta è stata gravida di conseguenze.

⁵⁹ J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktion auf Systemunrecht*, in AA. VV., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, a cura di A. ESER - J. ARNOLD, Friburgo, 2000, 11 ss., 13. Beninteso, può non trattarsi di modelli puri: si pensi al caso italiano in cui si fondono modello della punizione e modello del colpo di spugna, imperniato sull'amnistia per i delitti di collaborazionismo, promulgata con il d.p. 22 giugno 1946, n. 4, c.d. *amnistia Togliatti*, dal nome di Palmiro Togliatti, all'epoca Ministro di Grazia e Giustizia (v. M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2009, 183 ss.). Per una panoramica delle esperienze di *transitional justice* extra-europee v. G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 61 ss.; AA. VV., *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. FRONZA – G. FORNASARI, Trento, 2009.

⁶⁰ Il primo caso di giustizia di transizione viene fatto risalire (J. ELSER, *op. cit.*) al V sec. a.C. nell'Atene degli oligarchi (una sintesi in G. FORNASARI, *op. ult. cit.*, 4-7). In tempi più recenti si pensi, dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, all'art. 227 Trattato di Versailles: «*The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*». Il processo non si tenne mai, per il rifiuto dell'Olanda di estradare l'Imperatore ivi rifugiatosi, tuttavia W. A. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, 2018 ne immagina lo svolgimento alla luce dello stato del diritto del tempo. Il primo vero esempio di *transitional justice* dell'età moderna fu proprio la *giustizia post bellica*, con il ricorso al diritto internazionale e l'instaurazione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente.

Essa, come abbiamo ricordato *supra*⁶¹, lascia un segno tangibile nel sistema regionale di tutela dei diritti umani delineato in seno al Consiglio di Europa (e non solo): i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, cui l'art. 7/2 C.E.D.U. si riferisce, sono figli del processo di Norimberga e di quest'ultimo presentano, nel bene o nel male, i tratti genetici.

La questione di fondo è chiarita in modo adamantino da G. FORNASARI: «di fronte a vicende drammatiche come le violazioni di diritti umani che si consumano durante le dittature (ma non soltanto...) ed alle esigenze di giustizia che esse fanno sorgere, se e in che misura sia necessario rinunciare a quel bagaglio di garanzie individuali che hanno rappresentato per il diritto e la procedura penale una faticosa conquista che li ha affrancati da un'età di abusi e arbitrii. Insomma: diritti umani (collettivi) vs. diritti umani (individuali)?»⁶².

Muovendoci lungo questo crinale, ci accingiamo ad esaminare prima il contesto internazionale e, più precisamente, il processo di Norimberga; poi, quello tedesco.

4. Il superamento del passato mediante il diritto internazionale. Il processo di Norimberga: premessa metodologica.

L'8 agosto 1945 le quattro potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale (Stati Uniti d'America, Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, Regno Unito di Gran Bretagna e Francia) concludevano a Londra l'accordo per "il processo e la punizione dei *Major War criminals* dell'Asse europeo", istituendo presso Norimberga, mediante l'inclusione al trattato del relativo statuto costitutivo (in seguito, semplicemente, Carta di Norimberga, Carta o Statuto), il Tribunale Militare Internazionale (nel prosieguo T.M.I.); il luogo non era certo casuale: si trattava dello stesso in cui, un decennio prima, erano state adottate dal Terzo *Reich* le famigerate *Leggi*.

Tuttavia, la soluzione di un Tribunale, per favorire la transizione, non era così scontata.

Sostenitori e avversari dell'idea si confrontarono sul punto sin dalla conferenza di Mosca del 1° novembre 1943: dapprima Stalin e, successivamente, Churchill caldeggiarono esecuzioni sommarie di massa.

⁶¹ V. *Introduzione*.

⁶² G. FORNASARI, *op. ult. cit.*, 171.

Sennonché, finì per prevalere la tesi americana e, dopo la già ricordata creazione, il 20 novembre 1945 ebbe luogo la prima udienza⁶³.

Sono adesso necessarie alcune precisazioni metodologiche.

Occorre infatti distinguere:

1) il processo nei confronti dei ventiquattro gerarchi tedeschi⁶⁴, conclusosi con dodici condanne a morte, quattro a pena detentiva temporanea, tre ergastoli e tre assoluzioni⁶⁵;

2) i *subsequent cases*, i.e. i “processi conseguenti” (a quello di Norimberga) celebrati in Germania davanti a organi giurisdizionali militari U.S.A., in applicazione della *Control Council Law n. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*⁶⁶;

3) il processo presso il TRIBUNALE MILITARE INTERNAZIONALE PER L'ESTREMO ORIENTE con sede a Tokyo, la cui Carta – speculare allo Statuto di Norimberga – è stata istituita il 19 gennaio 1946 mediante proclama del generale americano Douglas MacArthur, che agiva nella

⁶³ Per le tesi che si sono confrontate v. T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: a personal memoir*, New York, 2013; G. VASSALLI, *Norimberga sessant'anni dopo*, in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 495 ss., 501.

⁶⁴ V. M. TOSCANO, voce *Norimberga*, in *Enc. It. Trecc.*, Roma, App. II, vol. II, 1949, 411-412: HERMANN GÖRING, RUDOLF HESS, JOACHIM VON RIBBENTROPP, ROBERT LEY, WILHELM KEITEL, ERNST KALTENBRUNNER, ALFRED ROSENBERG, HANS FRANK, WILHELM FRICK, JULIUS STREICHER, WALTER FUNK, HJALMAR SCHACHT, GUSTAV KRUPP VON BOFLEN UN HALBACH, KARL DOENITZ, ERICH RAEDER, BALDUR VON SCHIRACH, FRITZ SAUCKEL, ALFRED JODL, MARTIN BORMANN, FRANZ VON PAPEN, ARTHUR SEYß-INQUART, ALBERT SPEET, KONSTANTIN VON NEURATH, HANS FRITZSCHE.

⁶⁵ La sentenza del 1° ottobre 1946 è consultabile all'indirizzo https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf.

⁶⁶ Si tratta dei processi *Brandt et al.* (il “caso dei medici”), *Altstoetter et al.* (il “caso dei giuristi”), *Milch, Weizsaecker et al.* (i due “casi dei ministri”), *Flick et al.*, *Krauch et al.*, *Krupp et al.* (i tre “casi degli industriali”), *von Leeb et al.* (il “caso dell'alto comando”), *List et al.* (il “caso degli ostaggi”), *Ohlendorf et al.*, *Pohl et al.*, *Greifelt et al.* (i tre “casi delle S.S.”). Per un'analisi più approfondita D. FRASER, *Shadows of Law, Shadows of the Shoah: Towards a Legal History of the Nazi Killing Machine*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 401 ss.; K. J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011; J. MAOGOTO, *The work of National Military Tribunals under Control Council law 10*, in AA. VV., *The Legal Regime of the International Criminal Court: essays in honour of Professor Igor Blishchenko (1930-2000)*, a cura di J. DORIA – H. P. GASSER - M. C. BASSIOUNI, Leiden – Boston, 2009, 51 ss.

qualità di Comandante supremo delle Forze Alleate in Estremo Oriente⁶⁷;

4) il processo ad ADOLF EICHMANN (catturato dagli agenti del MOSSAD in Argentina sotto la falsa identità di Ricardo Klement), celebratosi in Israele e conclusosi con la condanna alla pena di morte⁶⁸.

In questa sede ci occuperemo soltanto dei profili giuridici del processo ai *Major war criminals* [sub I)], non soltanto in ragione della sua fama, ma soprattutto perché è utile alla comprensione di una ancora embrionale legalità penale internazionale.

Per la stessa ragione, poi, non è nostro interesse esaminare dettagliatamente lo sviluppo dei crimini compresi nella giurisdizione *ratione materiae* del TMI fino al loro recepimento nello ST. CPI⁶⁹.

Ai nostri fini è sufficiente fornire una generale definizione dei crimini internazionali e concentrarsi sulle riserve critiche mosse allo Statuto,

⁶⁷ Per un approfondimento v. N. BOISTER, *The Tokyo Trial*, in AA. VV., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, a cura di W. A. SCHABAS - N. BERNAZ, 17 ss.

⁶⁸ Le accuse mosse all' "esperto delle questioni ebraiche" (così Eichmann veniva denominato) si fondavano sulla *Nazis and Nazi Collaborators -Punishment- Law* del 1° agosto 1950 (il testo è all'indirizzo: <https://mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1950-1959/pages/nazis%20and%20nazi%20collaborators%20-punishment-%20law-%20571.aspx>). Introdotta per punire retroattivamente i collaborazionisti ebrei emigrati in Israele, la legge penale prevedeva tre categorie di reati: i crimini contro il popolo ebraico, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Sul processo v. H. ARENDT, *La banalità*, cit. La vicenda presenta moltissimi nodi problematici che vanno dalla cattura dell'imputato in Argentina (v. in argomento H. SILVING, *In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality*, in *The American Journal of International Law*, 1961, 307 ss.), al principio di giurisdizione universale, passando per la definizione giuridica di *genocide* (su cui v. C. D. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, 2013) e per il rispetto del principio di legalità, su cui torneremo *infra* nel testo. Per un approfondimento delle questioni v. W. A. SCHABAS, *The contribution of the Eichmann Trial to International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, 667 ss.

Il processo ad Eichmann, quello a *Klaus Barbie*, capo della *Gestapo* a Lione (condannato per crimini contro l'umanità) et al. sono esempi di cooperazione indiretta degli Stati nella persecuzione dei crimini internazionali, v. H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Monaco, 2018, 217-218.

⁶⁹ Per l'evoluzione diacronica dei *crimina iuris gentium* sono sufficienti la manualistica (v. E. AMATI ET AL., *Introduzione*, cit.) e le voci *lato sensu* enciclopediche (v., e.g., F. FRANCONI, voce *Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1989, 227 ss.; E. GREPPI, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, 2012; N. RONZITTI, voce *Crimini internazionali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. X, Roma, 1995, 1 ss.).

definito da H. JESCHECK come vera e propria «legge di occupazione»⁷⁰, e all'operato del Tribunale.

4.1. (Segue): *pars destruens*.

Con l'espressione «crimini internazionali» vengono indicate le più gravi violazioni dei diritti umani compiute da individui (*uti singuli* oppure in qualità di organi dello Stato), in grado di ledere i valori della comunità internazionale complessivamente considerata; ai fini della loro configurazione è irrilevante – lo stiamo per vedere – che le condotte siano poste in essere in tempo di pace o di guerra⁷¹.

Beninteso, i *crimini internazionali* – nell'accezione appena delineata – vanno tenuti distinti dagli *illeciti internazionali* degli Stati, che possono concorrere quando ad agire sono individui-organi⁷².

Queste affermazioni, oramai pacifiche, costituiscono un *acquis* del processo ai *major war criminals*, ma, al tempo della celebrazione, vennero aspramente criticate, poiché la loro novità spiegava effetti deteriori (*in malam partem*, come si direbbe in prospettiva domestica) nei confronti degli imputati.

Pertanto, occorre esaminare in prima battuta la *pars destruens* di questa esperienza⁷³.

«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 [...]»: queste parole, pronunciate dal capo

⁷⁰ H. H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 1/2004, 38 ss., 38.

⁷¹ Alla bibliografia indicata nella nota precedente adde C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015; M. MANCINI, *Crimini internazionali*, in *Treccani-Diritto on-line*, 2019; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013, 62 ss.

⁷² A differenza che nella lingua italiana, in cui non c'è alcuna ambiguità terminologica, la dottrina e la giurisprudenza inglese, data la ambivalenza del termine *crime*, è spesso costretta a precisare che si tratta di *crimes under international law*, v. C. FOCARELLI, *op. cit.*, 1232.

⁷³ Nella dottrina tedesca, fermi gli ulteriori riferimenti nel prosieguo, v. H. H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952.

accusatore, lo statunitense Robert Jackson, sarebbero già sufficienti a spiegare le ragioni delle critiche mosse al processo⁷⁴.

Si ricava l'impressione che alla sbarra degli imputati stia la loro morale (*rectius*, immoralità): un esito diverso dalla condanna non sarebbe stato concepibile⁷⁵.

Più nel dettaglio, la piena legittimità del processo di Norimberga è discutibile per le seguenti ragioni:

1) il collegio giudicante era composto solamente dai vincitori del conflitto. Tale configurazione impedisce di considerare – malgrado la definizione *ex art. 1 Carta* – il TMI come un vero e proprio tribunale internazionale, trattandosi piuttosto vuoi di un «organo comune delle potenze vincitrici, che esercitavano nei confronti della Germania, uno Stato debellato, un potere quasi sovrano»⁷⁶, vuoi di un – ma è lo stesso – «Tribunale di occupazione interalleato»⁷⁷. Il TMI prova rispondere a queste critiche, sostenendo che lo Statuto «non è un esercizio arbitrario di potere da parte delle nazioni vittoriose, ma [...] è l'espressione del diritto internazionale esistente al tempo della sua creazione; e a questo riguardo è ess[o] stess[o] un contributo al diritto internazionale»⁷⁸. Stiamo per vedere se la replica è convincente;

2) il TMI stabiliva da sé le regole di procedura purché «coerenti con le disposizioni della Carta» (art. 13 Carta). La norma *per se* inaccettabile fu implementata cambiando, al bisogno, le regole di procedura, «sicché regole osservate e fatte osservare per alcuni mesi furono

⁷⁴ R. JACKSON, *Trial of The major war criminals before the international military tribunal. Nuremberg 14 november 1945 - 1 october 1946*, vol. II, Norimberga, 1947, 98-99, udienza di mercoledì 21 novembre 1945, trad. nostra. Nello stesso senso depone l'affermazione del procuratore francese FRANÇOIS DE MENTHON: «mi propongo oggi di dimostrarvi che tutta questa criminalità organizzata e capillare sorge da quello che io – concedetemelo – chiamo *un crimine contro lo spirito* [...] questo peccato contro lo spirito è il peccato originale del nazionalsocialismo da cui derivano tutti i crimini», F. DE MENTHON, *Trial of The major war criminals*, cit., vol. 5, 373, udienza di martedì 17 gennaio 1946, trad. nostra.

⁷⁵ G. DAHM, *Volkerrecht*, vol. III, Stoccarda, 1961, 292 parla di «diritto eccezionale per i vinti».

⁷⁶ N. RONZITTI, *op. cit.*, 9, II col.

⁷⁷ V. AYMONE, *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in AA. VV., *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5-6-7 dicembre 1997*, a cura di A. TARANTINO – R. ROCCO, Milano, 1998, 223 ss., 230.

⁷⁸ *Trial of The major war criminals before the international military tribunal. Nuremberg 14 november 1945 - 1 october 1946*, cit., vol. I, 218.

improvvisamente cambiate, in quanto ritenute inadeguate rispetto al «caso nuovo verificatosi»⁷⁹.

3) l'art. 27 consentiva di condannare gli imputati alla pena di morte o a «qualsiasi altra pena che esso riterrà giusta»;

4) la giurisdizione *ratione materiae* confliggeva, per alcuni profili, con la tradizionale irresponsabilità degli individui e, per altri, con il principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

La questione costituisce il cuore della nostra riflessione e va esaminata più a fondo.

L'art. 6 della Carta recitava: «Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale:

a) *Crimini contro la pace*: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni;

b) *Crimini di guerra*: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare;

c) *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.

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

⁷⁹ Così V. AYMONE, *op. loc. ult. cit.*, che a sua volta rinvia a A.M. DE ZAIAS, *Il processo di Norimberga davanti al T.M.I.*, in *Processare il nemico*, a cura di A. DEMANDT, Monaco, 1990.

crimini sopra definiti, sono responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano»⁸⁰.

La prima categoria – imperniata sulla *guerra di aggressione* – è la più controversa⁸¹.

Nel diritto internazionale consuetudinario non vi erano precedenti da cui evincere una responsabilità anche in capo agli individui-organismi per avere intrapreso una guerra di aggressione: mancavano, in altre parole, *diuturnitas e opinio iuris*.

Senonché il TMI a mo' di compensazione richiama sei strumenti internazionali contenenti tale proibizione⁸²: tra essi, il Trattato generale sulla rinuncia alla guerra del 1928 (più comunemente conosciuto come Patto Briand-Kellog), che, tra le parti aderenti, annoverava la Germania. Il ragionamento è il seguente: «i crimini contro il diritto internazionale sono commessi dagli uomini, non da entità astratte, e solo punendo i singoli che li realizzano si possono applicare le norme del diritto internazionale»⁸³. Pertanto, se la guerra è ingiusta (*rectius*, vietata), ciò produce – *quasi per contagio* verrebbe da dire – conseguenze sui singoli che hanno contribuito alla relativa pianificazione e preparazione.

⁸⁰ La traduzione italiana dello Statuto del T.M.I. di Norimberga è reperibile all'indirizzo: <http://unipd-centrodirittiumani.it>.

⁸¹ Basti pensare che un accordo sulla sua definizione è stato raggiunto solo di recente (2010). La Conferenza di Kampala per la revisione dello Statuto della Corte Penale Internazionale ne ha definito i contorni applicativi, introducendo nella trama delle incriminazioni l'art. 8 *bis*. Prerequisito necessario per imputare all'individuo il crimine di aggressione è l'esistenza di un atto di aggressione da parte di uno Stato, definito dalla Risoluzione n. 3314/1974. In argomento *ex multis* v. K. AMBOS, *The Crime of Aggression after Kampala*, in *German Yearbook of International Law*, 2010, 463 ss.; G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 697 ss.; A. DI MARTINO, *Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione*, in *Criminalia*, 2012, 563 ss.

⁸² Si tratta, più precisamente, oltre al patto Briand-Kellog, che stiamo per indicare, del Protocollo della Società delle Nazioni per la pacifica risoluzione delle controversie internazionali, c.d. protocollo di Ginevra, 1923: «a war of aggression constitutes a violation of this solidarity and is an international crime»; il *Draft Treaty* di mutua assistenza del 1923; la Convenzione dell'Aia del 1907; la risoluzione dell'assemblea della Società delle Nazioni sulla condanna della guerra di aggressione, 24 settembre 1927, «Being convinced that a war of aggression can never serve as a means of settling international disputes, and is in consequence an international crime»; risoluzione del 18 febbraio 1928 della sesta Conferenza Panamericana, tenutasi a L'Avana: «war of aggression constitutes an international crime against the human species».

⁸³ *Trial of The major war criminals before the international military tribunal. Nuremberg 14 november 1945 - 1 october 1946, loc. ult. cit.*

H. KELSEN, che – come vedremo – non giudicherà in modo totalmente negativo l’esperienza di Norimberga, mostra su questo preciso profilo significative perplessità⁸⁴. Infatti, un conto è vietare la guerra di aggressione nelle relazioni interstatali, altro è farne discendere *automaticamente* – senza cioè che la norma specifichi nulla a riguardo – la responsabilità anche degli individui; individui che, *ex artt. 7 – 8 Statuto*, non potevano giovare né dell’immunità *ratione personae*⁸⁵, né della insindacabilità dell’ordine del superiore⁸⁶.

Così configurata, la responsabilità del singolo è evidentemente una *responsabilità per fatto altrui*. Peraltro, ove, ragionando con le categorie moderne, si volesse superare l’obiezione in virtù del modello antropocentrico (di imputazione di responsabilità agli enti collettivi) e del correlato rapporto di *immedesimazione organica*, non si potrebbe fare a meno di notare, a causa del *novum* (*i.e.* – lo ripetiamo ancora per chiarezza – l’aver dedotto la responsabilità del singolo da quella dello Stato), una larvata violazione del principio di colpevolezza; epilogo quasi scontato ogni volta che si adotta il paradigma del *non poteva non sapere*.

Tuttavia, secondo i giudici, non vale obiettare che il diritto internazionale attiene alle azioni statali e che la punizione del singolo è impedita dalla dottrina della sovranità statale (alla cui stregua sarà l’ordinamento di appartenenza a processare il proprio cittadino), perché «il diritto internazionale impone doveri e responsabilità tanto sugli individui quanto sugli Stati»⁸⁷.

⁸⁴ H. KELSEN, *Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?*, in *The International Law Quarterly*, 2/1947, 153 ss.

⁸⁵ Ai sensi dell’art. 7 Carta: «[l]a condizione ufficiale degli accusati sia come capi di Stato, sia come alti funzionari governativi, non potrà essere considerata né come esimente da responsabilità, né come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena». È appena il caso di notare che rispetto alla qualifica di Capo dello Stato non si pose alcuna questione: Hitler si era suicidato il 30 aprile e KARL DÖNITZ, che gli successe per otto giorni venne incriminato come partecipe del complotto contro la pace e come comandante della flotta per atti di guerra.

⁸⁶ L’art. 8 Carta recitava: «[i]l fatto che l’accusato abbia agito in conformità delle istruzioni del suo Governo o di un superiore gerarchico, non lo esonera dalle sue responsabilità, ma può essere considerato come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena, qualora il Tribunale decida che la giustizia lo esiga». Come ricorda G. VASSALLI, *Norimberga*, cit., 505 si escluse sempre la colpevolezza ove la mancata esecuzione dell’ordine avrebbe comportato la perdita della vita.

⁸⁷ *Trial of The major war criminals before the international military tribunal. Nuremberg 14 november 1945 - 1 october 1946*, cit., vol. I, 222-223. Il TMI richiama *ad adiuvandum* il caso *Ex Parte Quirin* in cui la Corte Suprema statunitense afferma che la *law of war* prescrive il comportamento cui sono tenuti

Inoltre, è evidente che per comprendere «se una iniziativa bellica fosse stata programmata e progettata con intenti aggressivi, il Giudice non avrebbe potuto fare a meno di valutare, infatti, se, per avventura, non fosse stato il comportamento del nemico a rendere indispensabile la stessa con intenti difensivi o, comunque, per garantire la salvaguardia degli interessi vitali di chi l’aveva intrapresa»⁸⁸; siffatta valutazione – che più tecnicamente si definisce *tu quoque* e avrebbe verosimilmente messo in una posizione “spiacevole” l’U.R.S.S. (nonché sul fronte orientale gli U.S.A. con l’attacco a Hiroshima e Nagasaki) – non fu considerata dal Tribunale per difetto di competenza⁸⁹. Insomma, «l’Accordo di Londra ha certamente creato nuovo diritto»⁹⁰, ponendo problemi di (ir)retroattività⁹¹.

Meno problematica, invece, la seconda categoria.

I crimini di guerra sono gravi violazioni delle norme consuetudinarie e pattizie del diritto internazionale umanitario (*International Humanitarian Law*): un corpo normativo risalente, che opera nel contesto dei conflitti armati, al fine di garantire l’umanità e la dignità dei *targets*, riducendone le sofferenze. Esso viene tradizionalmente distinto in *diritto di Ginevra* (dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e dai suoi Protocolli aggiuntivi del 1977) e *diritto dell’Aia* (costituito dalle Convenzioni dell’Aia del 1899 e 1907)⁹².

anche gli *enemy individuals*. Ma anche qui si può notare che il precedente è “unilaterale”.

⁸⁸ V. AYMONE, *Il processo*, cit., 234.

⁸⁹ È discussa la natura giuridica del *tu quoque*, assente nello ST. CPI: non è certamente una scusante né pare presentare i caratteri delle scriminanti. W. A. SCHABAS, *General Principles*, cit., 52 parla a riguardo di impedimento procedurale (*Prozesshindernis*). Sul punto v. anche K. BORRELLI, *Between show-trials and Utopia: A study of the tu quoque defence*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, 315 ss. e T. SCOVAZZI, *La repressione internazionale dei crimini di guerra: alcune divagazioni sul tema della giustizia dei vincitori*, in AA. VV., *Dal tribunale per le ex-Iugoslavia alla Corte Penale Internazionale*, a cura di G. CALVETTI – T. SCOVAZZI, Milano, 2004, 125 ss. che ricorda come l’opinione dissenziente (rispetto alla condanna) redatta da Pal e Röling, giudici presso Tribunale militare internazionale per l’estremo oriente (T.M.I.E.O.), si soffermasse anche su questo argomento, proprio facendo riferimento all’uso della bomba atomica su Hiroshima e Nagasaki.

⁹⁰ Così lapidariamente H. KELSEN, *Will the judgment*, cit., 162.

⁹¹ V. meglio *infra* al § 5.

⁹² C. FOCARELLI, *op. cit.*, 1234, riconduce le origini dei crimini in esame alle «Istruzioni per il regolamento delle truppe degli Stati Uniti sul campo di battaglia», compilate da F. LIEBER e conosciuta, pertanto, come CODICE LIEBER. Sul punto v. G. ACQUAVIVA, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e*

Nel processo di Norimberga la vera novità sul punto era costituita non certo dalla consolidata punizione dei soldati appartenenti alle forze armate nemiche, ma, piuttosto, dalla “chiamata in correità” dei *leader politici*.

Beninteso, non si trattava di una eccezione prevista dal diritto positivo; la ragione andava ravvisata, com'è stato sagacemente notato⁹³, nell'evoluzione dei tempi.

Fino al tentativo (incompiuto) di processare GUGLIELMO II DI HOHENZOLLERN⁹⁴, infatti, nella comunità internazionale aveva dominato l'idea che la guerra fosse un “evento quasi fisiologico”. Dunque l'instaurazione dei processi contro i suoi responsabili politici avrebbe deteriorato i legami di sangue, più o meno stretti, da cui tutte le monarchie europee erano avvinte, seminandosi così risentimento e vendetta.

Neppure i crimini contro l'umanità erano del tutto peregrini⁹⁵: l'art. 6, lett. c) contemplava, e.g., l'assassinio che è il *male in se* per eccellenza, punito cioè da tutte le legislazioni domestiche⁹⁶.

nel diritto italiano, Milano, 2014; A. CULLEN, *War Crimes*, in AA. VV., *Routledge Handbook*, cit., 139 ss.; J. GOW, *War and War Crimes: The Military, Legitimacy and Success in Armed Conflict*, Londra, 2012; P. LOBBA, *I crimini di guerra*, in E. AMATI ET AL., cit., 385 ss.; T. MERON, *War Crimes Law Comes of Age: Essays*, Oxford, 2012.

⁹³ C. TOMUSCHAT, *The legacy of Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 830 ss., 831.

⁹⁴ V. *retro* nota 60.

⁹⁵ Secondo J. GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1950, I, 433 sono «antichi come l'umanità stessa». Come ricordano E. AMATI – E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI ET AL., cit., 353, già nel preambolo della Seconda Convenzione dell'Aja del 1899 venne inserita la c.d. *clausola Martens* (dal nome del diplomatico russo che la propose), secondo cui, per casi non specificamente disciplinati dal trattato, dovevano trovare applicazione i «principi del diritto internazionale, così come risultanti da (...) le leggi dell'umanità»; formula vaga riproposta, senza variazioni, nella IV Convenzione dell'Aia del 1907 e nei due Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra. Nel Trattato di Versailles non si contemplava la punizione degli autori di tali crimini, a causa dell'impalpabilità del concetto.

⁹⁶ La dottrina italiana si interrogò sul fondamento sovrastatale della loro punizione. In particolare, P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, 1945, ripubblicato in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, vol. I, 45 ss. lo ravvisava nel diritto proprio della comunità umana, da tenersi separato rispetto al diritto internazionale *stricto sensu* inteso, il quale avrebbe potuto autorizzare l'operatività di istituti diametralmente opposti al primo (e.g., la rappresaglia). In quest'ordine di idee, la norma giuridica della

La loro introduzione si spiega, invero, alla luce dell'impossibilità di attrarre nell'alveo applicativo dei *war crimes* le condotte naziste aventi come obiettivo (non il nemico, ma) i cittadini tedeschi; da qui il riferimento, nel testo dell'articolo, a «qualsiasi popolazione civile».

La disposizione si segnala, inoltre, per la dicotomia tra condotte *murder-type* («l'assassino, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano») e *persecution-type* («ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi») – abbandonata nei successivi strumenti internazionali⁹⁷ – e per un doppio *deficit* di precisione.

Infatti, il riferimento a «qualsiasi altro atto inumano» è una clausola ad analogia esplicita⁹⁸ (prima frizione con il *nullum crimen*), che per

comunità umana sarebbe quella di *trattare l'altro come si pretende di essere trattati*: non ogni violazione è un crimine di lesa umanità, ma solo quella che attinge al minimo necessario per la convivenza. *Contra* G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione*, in ID., *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano, 1995, 9 ss., che, criticando la trasfigurazione del precetto evangelico/morale in precetto giuridico, sostiene la necessità di reperire la base giuridica della punizione nelle convenzioni umanitarie, nel diritto bellico e nelle consuetudini internazionali, sul presupposto che gli stessi prevedessero obblighi anche in capo agli individui; a favore di questa teoria militerebbero, secondo l'A., esigenze di chiarezza e stabilità. Completamente negativo, invece, il giudizio di G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in G. BALLADORE PALLIERI – P. CALAMANDREI – G. CAPOGRASSI – F. CARNELUTTI – G. DELITALA – A. C. JEMOLO – A. RAVÀ – G. RIPERT, *La crisi del diritto*, a cura della FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA, Padova, 1953, 77 ss. che, pur senza citarlo espressamente, critica il lavoro di Nuvoione: «[s]i è sostenuto perciò da qualcuno che al di sopra del diritto interno e di quello internazionale, esisterebbe un ordinamento giuridico più alto e più vasto: quello della umanità. Ogni società ha un suo diritto [...] poiché anche la comunità umana è una società, e precisamente la società di tutti gli uomini considerati da un punto di vista universale, anch'essa ha un diritto [...] il precetto fondamentale è che ognuno deve trattare gli altri come pretende di essere trattato lui stesso. Senonché [...] è ovvio che [...] per società deve intendersi una organizzazione ordinata e concreta. Ora la società di tutti gli uomini considerati da un punto di vista universale non ha nulla di organizzato e completo. [...] Pur uniformandosi a una esigenza morale, la repressione di quei crimini ha rappresentato perciò una violazione delle leggi del diritto: tanto di quella di certezza quanto di quella di uniformità. Poiché, ancora una volta, la repressione si è esercitata solo contro il vinto», 89-90.

⁹⁷ E. AMATI – E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI ET AL., cit., 354.

⁹⁸ In argomento nella dottrina italiana v., per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 181-185.

riempirsi di contenuto si serve di un elemento normativo etico-sociale⁹⁹ (seconda frizione con il *nullum crimen*)¹⁰⁰.

Quest'obiezione – facilmente prevedibile – fu aggirata dalle potenze vincitrici, subordinando la rilevanza penale delle condotte *ex art. 6, lett. c)* a due note modali alternative: occorre infatti che le stesse fossero commesse «*in esecuzione di, o in connessione con, un altro crimine di competenza del Tribunale*»¹⁰¹; vale a dire con crimini già “internazionalmente conosciuti”.

Senonché, laddove furono mosse imputazioni per crimini contro l'umanità, il TMI fece un mero cenno, senza approfondire, alla connessione tra le fattispecie.

Come nota A. CASSESE, «[f]ornisce un'idea precisa dell'imbarazzo che serpeggiava [...] la circostanza che la versione in lingua inglese della parte della sentenza che si riferisce all'imputato Streicher è notevolmente diversa da quella francese»: nell'una si afferma che l'istigazione all'omicidio e allo sterminio degli ebrei costituisce un crimine contro l'umanità, in connessione con i crimini di guerra; nell'altra – in modo da fugare ogni dubbio di (in)compatibilità con il principio di legalità – che la medesima condotta integra tanto il crimine di guerra quanto quello contro l'umanità»¹⁰²; crimini di guerra pacificamente già previsti e puniti dal diritto internazionale.

⁹⁹ Sugli elementi normativi v. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016; G. L. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, spec. 78 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

¹⁰⁰ Sulle critiche della dottrina tedesca ai crimini contro l'umanità v. R. MUHM, *La natura giuridica dei crimini contro l'umanità e le attuali critiche in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 256 ss.

¹⁰¹ Curioso notare come il testo originario dell'art. 6, comma 2, lett. c), dello Statuto prevedesse, nella versione inglese, un punto e virgola per separare la prima modalità di condotta («Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts committed against any civilian population before or during the war») dalla seconda («or persecutions on political, racial or religious grounds»), legittimando l'interpretazione secondo cui la *connessione con gli altri crimini* e l'*indipendenza rispetto alle norme nazionali* si riferissero solo alle condotte di persecuzione. Senonché, su impulso della delegazione russa, il punto e virgola fu sostituito da una semplice virgola, in modo tale che non residuasse più alcun dubbio sulla riconducibilità di questi requisiti ad entrambe le tipologie di condotte sanzionate. Sulla c.d. “questione del punto e virgola” v., E. SCHWELB, *Crimes against Humanity*, in *British Yearbook of International Law*, 1946, 178 ss.

¹⁰² Così A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, a cura di S. CANNATA, Bologna, 2005, 89.

4.2. (Segue): *pars construens*.

Il processo di Norimberga, come abbiamo appena evidenziato, presenta tratti paradossali: a conti fatti si ravvisano, rovesciati, i medesimi caratteri indicati *supra* al § 1, descrivendo il diritto nazionalsocialista.

La parzialità del Tribunale, la formazione *in fieri* delle regole di procedura, l'incriminazione *ex novo* di condotte dalla discutibile prevedibilità e, infine, la possibilità di irrogare pene anche indefinite contribuiscono infatti a delineare il quadro non lusinghiero di un processo politico¹⁰³.

Volendo tirare le somme, due paiono le strade percorribili.

In primo luogo, si può sostenere che è stata messa in scena «l'origine del diritto, il suo incrociarsi inevitabile con il potere costituente, con la politica che ha vinto e che però nel momento stesso in cui vince cancella il proprio carattere di parte per vestire i panni dell'imparziale giuridicità del diritto posto, o positivo come dir si voglia. Né può fare altrimenti se vuole da politica (in questo caso) giusta consolidarsi in ordine giuridico (in questo caso internazionale), che in quell'atto in quel processo conservi il mito fondativo dei propri principi»¹⁰⁴.

Oppure, più prosaicamente, si può prendere atto delle violazioni perpetrate, inserirle nel contesto di eccezione¹⁰⁵ determinatosi a seguito della *debellatio* del Terzo Reich e cercare di cogliere quello che di buono questa vicenda giudiziaria ha lasciato in eredità ai suoi epigoni.

Sotto questo punto di vista, il 1° dicembre 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha istituito il Comitato sullo Sviluppo Progressivo del Diritto Internazionale e sulla sua Codificazione (CPDIL nella denominazione inglese), con il compito di recepire i principi risultanti dalla prassi del TMI.

Essi (in uno con lo Statuto annesso all'Accordo di Londra e la già menzionata *Control Council Law n. 10 on Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*) costituiscono il *Diritto di Norimberga* e affermano che la responsabilità penale per la commissione – anche in qualità di complice – di un

¹⁰³ A. CATANIA, *Diritto positivo e processo di Norimberga*, in AA. VV., *Il processo di Norimberga*, cit., 81 ss., 84. Di modello di giustizia retributiva, esemplare e sacrificale parla D. ZOLO, *op. cit.*

¹⁰⁴ A. CATANIA, *op. cit.*, 88.

¹⁰⁵ Secondo C. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, 1996, 23 la violazione del principio di legalità effettuata a Norimberga, su basi morali, va dichiarata, nella sua eccezionalità, proprio per salvaguardare il principio stesso.

crimine internazionale è personale e non è esclusa né dalla circostanza che una norma interna non preveda una sanzione penale, né dalla titolarità di una qualifica soggettiva apicale né, infine, dall'obbedienza all'ordine del superiore gerarchico¹⁰⁶.

Pertanto, se Norimberga ha un pregio, esso consiste nell'aver contribuito a delineare il volto attuale dell'illecito penale internazionale, che adesso – pur sempre nel contesto del principio di complementarità – conosce un giudice indipendente nella Corte Penale Internazionale; delle regole positivizzate in uno Statuto (impennato sulla distinzione tra parte generale e speciale) e, soprattutto, una nozione progredita di legalità¹⁰⁷.

5. Il superamento del passato attraverso il diritto nazionale. L'ordinamento tedesco e le formule di Radbruch: implicazioni teoriche.

Nelle pagine precedenti abbiamo a più riprese sottolineato l'eccezionalità del regime nazionalsocialista e nell'alveo di questa eccezionalità abbiamo ricondotto il processo di Norimberga.

Considerazioni speculari valgono per la persecuzione dei crimini nazisti all'interno dell'ordinamento tedesco.

Il problema è drammatico nella sua linearità: si tratta infatti di giustificare – nel senso etimologico di *rendere giusta* – l'eventuale punizione di condotte che al tempo dei fatti non costituivano reato, ma erano dotate di una carica di lesività così evidente da rendere l'impunità epilogo ingiusto.

In questo contesto si colloca la c.d. formula di GUSTAV RADBRUCH¹⁰⁸, destinata a riproporsi ciclicamente tutte le volte in cui lo iato tra diritto e giustizia diventi intollerabile.

¹⁰⁶ Per questa sintesi v. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, *Foundations and General Part*, Oxford, 2013, 9-10. Secondo G. VASSALLI, *Norimberga*, cit., 507 «ciò avvenne non tanto per conseguire una convalida di quanto accaduto quanto per aprire il percorso verso una giustizia penale oggettiva e adeguata alla gravità dei crimini nel caso pur deprecato di guerre future», 507.

¹⁰⁷ V. meglio *infra* al CAP. II.

¹⁰⁸ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 5/1946, 105 ss.; considerazioni sinteticamente già espresse in un articolo dell'anno precedente: ID., *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, cit. Il titolo del saggio, come evidenziato da A. G. CONTE – P. DI LUCIA – L. FERRAJOLI – MARIO JORI, *Filosofia del diritto*², Milano, 2013, 160, si basa su un gioco di parole, nato dalla contrapposizione tra *Recht* e *Unrecht*, dove *Un-* non sta a significare *non-diritto*, ma, nella sua funzione privativa, vuole piuttosto indicare

Beninteso, qui non ci interessa né studiare l'evoluzione del pensiero radbruchiano né capire se, in conseguenza della seconda guerra mondiale, si sia verificata – come pure taluno asserisce – una sua “conversione” dal giuspositivismo al giusnaturalismo¹⁰⁹. È

l'assenza del nucleo duro del diritto, *i.e.* l'ingiustizia. Non è un caso che in italiano esistano almeno quattro traduzioni diverse del primo sintagma: E. FITTIPALDI, in A. G. CONTE ET AL, *op. cit.*, lo rende come *Ingiustizia legale (e diritto sovraleale)*; R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1999, 283 preferisce parlare di *Torto legale*; l'espressione *Illecito legale* si trova in M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. III (1999-2006), Milano, 2007, 350; infine per G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, in *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, ANNALI 2016 – 2018*, Napoli, 2018, 51 ss. si tratta di *Negazione legale del diritto*, perché «nessuna di queste tre traduzioni [è] in grado di riflettere adeguatamente l'ispirazione di fondo del pensiero di Radbruch. Ciò vale, innanzitutto, per “torto legale”, che, da un lato, ha risonanze eticheggianti, dall'altro, smorza la gravità dei casi da lui considerati; in secondo luogo, per “illecito legale”, che, nell'accezione corrente del termine “illecito”, richiama un fenomeno, la violazione del diritto vigente, ben diverso da quello esaminato da Radbruch; infine, per “ingiustizia legale”, la quale trascura che, per il nostro Autore, vi sono forme di ingiustizia legale (leggi relativamente ingiuste) che esulano dal quadro radicalmente patologico finora tratteggiato», 69-70.

Usa fungibilmente le espressioni *Ingiustizia* e *Torto*, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, 3, a cui si deve l'indiscusso merito di avere riaperto il dibattito sulla formula in Italia, prima limitato ai contributi di E. M. AMBROSETTI, *In margine alle cd. Sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 596 ss.; R. MUHM, *Il “Muro di Berlino”, i processi e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. Pen.*, 1994, 625 ss.

Utili spunti di riflessione sulla monografia di Vassalli, si trovano in G. DE FRANCESCO, *Crimini di Stato, filosofia politica, diritto penale*, in *Quad. fior.*, Milano, 2001, 787 ss.; A. FALZEA, *Per l'opera di Giuliano Vassalli sulla formula di Radbruch*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 605 ss.; M. PISANI, *Radbruch e Giuliano Vassalli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 308 ss. Si vedano altresì le recensioni di E. AMATI, E. R. ZAFFARONI, C. NITSCH, tutte in *Crit. dir.*, 2002, 361 ss.

Ancora in argomento E. M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 18 ss.; L. AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, in *Arch. Pen.*, 2018, 11 ss.

¹⁰⁹ È la tesi, molto discussa, di H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1957, 593 ss.; *contra*, in replica a Hart, L. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, 630 ss.; S. L. PAULSON, *Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 489 ss. Più di

imprescindibile, piuttosto, chiarire contenuto e aspetti critici della formula, prima di esaminarne le ricadute applicative.

Secondo il giusfilosofo (e penalista) di Lubeca:

«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 [*Zweckmäßigkeit*] 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 [...]».

Date queste premesse, ecco il contenuto vero e proprio della teorica:

1) «Il conflitto fra la giustizia [*Gerechtigkeit*] e la certezza del diritto [*Rechtssicherheit*] *potrebbe* dunque dover essere risolto nel senso che il diritto positivo, assicurato dalla statuizione e dalla forza, abbia la precedenza, anche quando sia, nel suo contenuto, ingiusto [*inhaltlich ungerecht*] e teleologicamente inadeguato, inadatto allo scopo [*unzweckmäßig*], *a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un tale grado di intollerabilità che la legge, in quanto "diritto ingiusto" [*unrichtiges Recht*], debba arretrare di fronte alla giustizia*».

2) «[è] *impossibile* tracciare una *linea più precisa* fra casi di ingiustizia legale e leggi valide ancorché ingiuste per il loro contenuto; *tuttavia, vi è un'altra linea di confine che può essere tracciata con ogni*

recente v. T. MERTENS, *Nazism, Legal Positivism and Radbruch's thesis on Statutory Injustice*, in *Law and Critique*, 2003, 277 ss., spec. 280-286. Nella dottrina italiana ne hanno discusso M.A. CATTANEO, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in *Rivista di filosofia*, 1959, 61 ss.; G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 389 ss.; V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano, 1983. Una sintesi si trova anche in G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 35-50.

precisione: quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell'eguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non soltanto è "diritto ingiusto", ma è addirittura non diritto. Ciò, perché non è possibile definire il diritto, anche il diritto positivo, se non come un ordinamento statuito, che, secondo il suo senso, è al servizio della giustizia.

Valutate alla stregua di questo criterio, tutte quante le parti del *diritto nazionalsocialista* non hanno mai raggiunto la dignità di diritto vigente»¹¹⁰.

In primo luogo è evidente che, malgrado quanto comunemente si affermi, siamo in presenza di due formule: quella della intollerabilità (*Unerträglichkeitsformel*) e quella della negazione deliberata (*Verleugnungsformel*); ragione per cui ci sembra più aderente al pensiero di Radbruch parlare di doppia o duplice formula¹¹¹.

¹¹⁰ Sono alcuni stralci dell'articolo; ci riserviamo di riprendere i punti più salienti nel prosieguo. La traduzione è quella di E. FITTIPALDI, in A. G. CONTE ET AL., *Filosofia del diritto*, cit., 162 ss., 167-168, corsivi nostri. Radbruch formula la sua teoria prendendo spunto da tre casi di cui era venuto a conoscenza per mezzo della stampa, 162-167.

Il primo riguarda la sentenza della Corte di assise di Nordhausen a carico di tale Putfarken, impiegato di un tribunale, che durante la guerra aveva denunciato il signor Götting per avere ascoltato trasmissioni-radio straniere e avere scritto all'interno di un bagno «Hitler è un carnefice responsabile della guerra» («*Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege*»), provocandone la condanna a morte. L'imputato veniva condannato per complicità in omicidio con i giudici della Corte di Kassel, considerati autori materiali per avere pronunciato sentenza di condanna a morte.

Il secondo caso preso in esame attiene alla condanna, in base alla legge n. 10 della Commissione Alleata di Controllo, di due collaboratori di un boia, che avevano la possibilità *ex lege* di rifiutare sempre l'esecuzione della pena capitale.

La terza vicenda era quella, al contrario, dell'assoluzione per stato di necessità di un soldato che dopo avere disertato, stanco degli ordini inumani di Hitler, aveva esploso dei colpi di pistola all'indirizzo di un sottufficiale sulle sue tracce.

¹¹¹ In questo senso G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici*, cit. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., utilizza per convenzione il singolare, chiarendo tuttavia che «l'autonomia della *Verleugnungsformel*, anche se ricondotta a un certo punto dell'articolo del Radbruch al comune denominatore di *gesetzliches Unrecht* e alla comune conseguenza della invalidità, merita di essere favorevolmente approfondita», 10. Nella dottrina tedesca sulle due formule v. ARTH. KAUFMANN, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 81 ss.; F. SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, 1995.

Si potrebbe obiettare che, per la proprietà commutativa, il risultato non cambi, pervenendosi comunque all'invalidità; tuttavia, una tale *distinctio* è obbligatoria ai fini di una migliore comprensione.

Radbruch infatti individua tre modi di essere della legge¹¹²:

A) relativamente ingiusta.

Lo iato tra diritto positivo (*ius in civitate positum*), giustizia e adeguatezza si risolverebbe a favore del primo: in una ipotetica scala di valori, la certezza è una forma tanto di giustizia, quanto di utilità e pertanto un sacrificio – si noti – non eccessivo delle ultime sarebbe ammissibile¹¹³;

B) intollerabilmente ingiusta.

È l'ipotesi in cui il *dikaion phusei* deve prevalere sul *dikaion thesei*. Tuttavia, come nota lo stesso Autore, tra A) e B) è difficile trovare una chiara linea di demarcazione, a causa del carattere vago e indefinito dell'intollerabilità. Si tratta (come accade per la giustizia) di un concetto di relazione, il cui *tertium comparationis* non può certamente essere soggettivo, ma rispetto al quale è comunque difficile individuare dei contorni oggettivi;

C) volutamente ingiusta.

In questa evenienza non si profila neppure un contrasto tra «giustizia apparente e reale», giacché la lesione dell'eguaglianza – vero nucleo duro della giustizia – impedisce di qualificare la legge come tale: essa è *Nicht-Recht* (non diritto) ovvero «mero atto di arbitrio»¹¹⁴.

Tra le righe – il testo di Radbruch è criptico su più fronti¹¹⁵ – sembra potersi immaginare una lesione progressiva del “bene” giustizia.

¹¹² V. G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici*, cit., 55-56.

¹¹³ «La certezza del diritto, che è propria della legge positiva già per il fatto della sua positività, prende una curiosa posizione mediana fra l'utilità e la giustizia: essa è richiesta, da un lato, dal benessere del popolo, dall'altro, tuttavia, anche dalla giustizia. Il fatto che il diritto sia certo, cioè che non accada che in un momento esso venga interpretato e applicato in un modo, e in un altro momento in un altro, è al tempo stesso un'esigenza di giustizia», così G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht*, cit., p. 167 della trad. it. Sulla certezza del diritto v. anche F. LOPEZ DE ÖNATE, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968. DE ÖNATE sostiene che «la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto», 161.

¹¹⁴ G. CARLIZZI, *op. cit.*, 56.

¹¹⁵ Di ingenuità, oscurità e perplessità della formula parla G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 19 ss.

Laddove l'offesa attenga allo strato superficiale *nulla quaestio*, dovendosi probabilmente ricondurre il fenomeno al fisiologico alternarsi dell'indirizzo-politico; ciò equivale a dire – con il positivismo giuridico – che i valori di cui è portatrice la maggioranza non possono risultare alla fine soccombenti. Il diritto in esame sarà forse inopportuno, ma rimarrà pur sempre *Recht*.

Invece, qualora la lesione progredisca fino a lambire il nucleo della giustizia o, peggio, si scontri con esso, stando alle superiori argomentazioni, dovrebbe potersi intervenire sul sistema.

Insomma, solo in casi straordinari la certezza – portato principale del giuspositivismo – va respinta a vantaggio di una giustizia che funge da criterio eccezionale di delegittimazione¹¹⁶. Cosa che implica il rigetto del modello *simul stabunt simul cadent*, comportando, invece, l'instaurazione di una «connessione debole» tra diritto e morale¹¹⁷.

Sennonché, Radbruch si trova quasi costretto a coniare la *seconda formula* per supplire al *deficit* di precisione della *prima*, senza invero dare alla teorica un *surplus* di chiarezza.

Almeno due sono infatti i profili di ambiguità.

(I) È vero che la conseguenza della *Verleugnungsformel* è nitida, *i.e.* la inqualificazione giuridica¹¹⁸. Il ricorso all'eguaglianza, tuttavia, non appare pienamente convincente in assenza una interpretazione correttiva.

È stato messo in evidenza che «[g]iustizia vuol dire uguaglianza, in rapporto ad una unità di misura» e che «il dibattito del dopoguerra verteva fondamentalmente [...] sul punto se la giustizia, cioè la misura, fosse per natura o per convenzione»¹¹⁹, ma a sua volta l'eguaglianza può «funzionare solo previa determinazione del contesto, e cioè delle

¹¹⁶ F. RICCOBONO, *La difficile disobbedienza*, in ID., *I diritti e lo Stato*, Torino, 2004, 75 ss., 79.

¹¹⁷ È la tesi di R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo, 1992, trad. it. di F. FIORE, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, 47-49.

¹¹⁸ Nel senso che l'atto giuridico viene considerato *tamquam non esset*. L'inqualificazione è una categoria controversa impiegata dalla dottrina civilistica in tema di nullità contrattuale, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 994-995; l'accostamento si giustifica – ci pare – alla luce dell'art. 1372 cc., in cui si afferma che «il contratto ha forza di legge tra le parti».

¹¹⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI – V. VELLUZZI, Torino, 2008, 68.

condizioni *formali* da soddisfare per riconoscere i soggetti come *sostituibili*»¹²⁰.

In altre parole, avuto riguardo alle coordinate di (dis)valore proprie dell'ordinamento nazista, anche le leggi razziali avrebbero potuto essere per paradosso giuste, giacché trattavano in maniera diversa situazioni diverse¹²¹.

E allora, per uscire dall'*impasse*, è più corretto intendere l'eguaglianza cui il nostro Autore si riferiva in termini di eguale-rispetto, in modo da oggettivare il più possibile il "giudizio di negazione deliberata": è la lesione alla reciprocità umana (indipendentemente da qualsivoglia predicato a essa riferibile, *in primis* quello della razza) a rendere gli strumenti giuridici impiegati puramente arbitrari¹²².

(II) Al contrario, nulla è detto sulle conseguenze delle leggi intollerabilmente ingiuste, salvo che «debba[no] arretrare di fronte alla giustizia». In merito la dottrina ha utilizzato la categoria della invalidità e, escludendo, per ragioni storiche, un ipotetico riferimento dell'A. al giudizio di costituzionalità, ha altresì ritenuto che l'atto normativo «in quanto invalid[o] non è attualmente vincolante, ma in quanto legge può, se opportunamente emendat[o], in particolare realizzando in via interpretativa la parità di trattamento da ess[o] negata, acquistare quella validità che in origine [gli] va disconosciuta»¹²³.

Se l'analisi condotta (*ab interno*) è corretta, allora le formule di Radbruch si prestano (*ab externo*) a due livelli di lettura o, più correttamente, si rivolgono a due destinatari: il consociato e il giudice.

Il primo parrebbe (il condizionale è d'obbligo) trovarvi una legittimazione teorica alla eventuale disobbedienza, essendogli «demanda[ta...] la determinazione, nel caso concreto, della soglia di intollerabilità di quanto prescritto dal diritto positivo, ma solo ed unicamente a suo rischio e pericolo: *senza che*, cioè, venga fatto

¹²⁰ D. VELO DALBRENTA, *Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *discrimen.it*, 11, corsivi dell'A.

¹²¹ F. RICCOBONO, *op. cit.*, 82, riferendosi al concetto radbruchiano di giustizia, parla di povertà di contenuti valoriali.

¹²² Per questa esegesi ortopedica, ma in tema di dignità, v. per tutti F BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018. Sulla «eguaglianza» come bene giuridico e sulla necessità di una sua disambiguazione a vantaggio del rispetto-riconoscimento cfr., volendo, anche G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1325 ss., spec. 1339-1342.

¹²³ G. CARLIZZI, *op. cit.*, 57.

corrispondere a quello che si configura come un *dovere* di disubbidienza *ex post* un autentico diritto di disubbidienza *ex ante*»¹²⁴. La questione è estremamente complessa e analizzarla *funditus* ci porterebbe troppo lontano.

Ci limitiamo quindi a notare che siffatte situazioni vengono studiate dalla filosofia del diritto e sono da essa rubricate sotto la voce di *conflitti pratici*¹²⁵.

Più precisamente, sono conflitti pratici tutte quelle evenienze in cui due o più norme (nel nostro caso una norma giuridica e un'altra morale), che vorrebbero guidare la condotta del medesimo destinatario, risultano tra loro incompatibili perché (sul piano teorico oppure in base a circostanze contingenti) prescrivono comportamenti escludentisi a vicenda¹²⁶. Tipico esempio, per non andare troppo lontano, è dato dalla prescrizione giuridica nazista *uccidi* in conflitto con l'imperativo categorico *non uccidere*¹²⁷. In tutti i casi in cui il diritto diventa immorale, «la morale non può avere l'ultima parola se il diritto si sostituisce ad essa nelle scelte individuali, e laddove questa sostituzione

¹²⁴ D. VELO DALBRENTA, *Sul problema dell'obbedienza*, cit., 9. Cfr. anche M. DONINI, *Giustizia e ingiustizia "criminale", tra legge, storici e sentenze (quasi un commento a G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, in AA. VV., *La giustizia criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, a cura di E. TAVILLA, Bologna, 2012, pp. 25 ss., 35: «egli [Radbruch] pare implicitamente rivolgersi al cittadino, consentendogli di violare la legge (penalmente armata), quando il conflitto tra legge e giustizia appare estremo, nel senso della formula indicata. Ci sono dunque momenti o situazioni nei quali è giusto gettare la toga, per un'opera di resistenza».

¹²⁵ Sul punto v., per tutti, il recente lavoro di D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari-Roma, 2017. RADBRUCH ha ben chiaro il conflitto: esso, dice, «viene rappresentato magnificamente dal Vangelo, quando da un lato ordina: "Siate soggetti all'autorità che ha potere su di voi", e dall'altro prescrive di "obbedire più a Dio che agli uomini"», *Gesetzliches Unrecht*, cit., 168 trad. it.

¹²⁶ Dal punto di vista della forma, l'*incompatibilità* descritta può essere anche *strumentale*, quando il mezzo prescritto da una norma non è idoneo a raggiungere il fine contemplato da un'altra, oppure *assiologica*, laddove il contrasto operi tra principi, ID., *op. cit.*, 37 ss.

¹²⁷ Il senso del conflitto si comprende precisando che nel ragionamento pratico rilevano due tipi di ragioni per agire: la ragione *pro-tanto*, che è suscettibile di essere superata da altre ragioni e quella *tutto-considerato*, che non può – a differenza della prima – essere disapplicata, ma ha funzione concludente, cioè prevale comunque, ID., *op. cit.*, 40. Per profilarsi un conflitto tra diritto e morale entrambe le norme devono rappresentare ragioni *escludenti/tutto-considerato*.

abbia luogo, il diritto corre il rischio di trasformarsi in uno strumento di oppressione e alienazione personale»¹²⁸.

Il secondo destinatario, *i.e.* il giudice, parrebbe trovare nella formula una via di accesso «ad una dimensione sovraleale del diritto non meglio determinata (né – a priori – determinabile), per *giudicare* appunto della (non dis)ubbidienza al diritto positivo da parte dei consociati, *senza* però prospettare alcuna *responsabilità* riguardo al *decisum*»¹²⁹.

¹²⁸ ID., *op. cit.*, 60. Il tema richiama alla mente alcuni grandi classici della letteratura antica e moderna e si iscrive nel filone di studi che va sotto il nome di *Giustizia e Letteratura*.

In questa prospettiva, vi sono tre paradigmi ben noti ai giuristi: *Antigone* che oppone a Creonte le leggi «celesti non scritte e incrollabili»; *Socrate* che nel *Critone*, pur di non violare le leggi della *polis* e, in ultima analisi, non sovvertire le fondamenta dello Stato, accetta la sentenza di condanna («pensi che possa sopravvivere, e non essere sovvertita, una città in cui le sentenze pronunciate non hanno efficacia, e possono essere invalidate e annullate da privati cittadini?», dicono le Leggi); *Porzia* che, travestita da avvocato patavino, ammette la validità del patto con cui Antonio si impegnava, per il caso di inadempimento, a cedere a Shylock una libbra di carne, ma lo rende *de facto* inefficace quando, interpretandolo, rileva che l'accordo non consente di far versare nemmeno una goccia di sangue. In argomento v. T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 3 ss.; P. SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. Pen.*, 2013, 898 ss. Di recente M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, nonché i contributi di A. PORRO, *Il giusto e la legge nell'«Antigone» di Sofocle e nel «Critone» di Platone*, 43 ss.; G. CANZIO, *La 'Dike' degli antichi e la 'Giustizia' dei moderni: «Edipo Re» e «Antigone»*, 67 ss.; V. MILITELLO, *Il conflitto tra giustizia e legge in «Agón»: un 'laboratorio penalistico' dal dramma classico alla simulazione processuale*, 123 ss, tutti in AA. VV., *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, a cura di G. FORTI – A. PROVERA, Milano, 2019.

Tuttavia, nel moderno Stato costituzionale (vale a dire in un contesto liberale e non autoritario/totalitario) i contrasti tra diritto e morale sono “incamerati” dall'ordinamento mediante *a)* (lo stiamo per vedere) l'interpretazione conforme; *b)* tramite l'eccezione di costituzionalità; *c)* attraverso il riconoscimento di forme di obiezione di coscienza; *d)* ovvero, nella materia dell'illecito (penale e civile), per mezzo della riconduzione del conflitto tra norma incriminatrice e norma scriminante nella categoria della anti giuridicità. In uno dei più recenti casi in cui la *formula di Radbruch* è stata rievocata, *i.e.* la vicenda della motonave *Sea Watch*, è stata impiegata quest'ultima soluzione: la comandante Carola Rackete – definita da parte della stampa “novella Antigone” – è stata rimessa in libertà, senza applicazione di misure cautelari, in virtù dell'art. 51 c.p. (dovere consistente nel soccorso dei naufraghi in condizione di stenti); l'ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto è consultabile all'indirizzo penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2019.

¹²⁹ D. VELO DALBRENTA, *op. loc. ult. cit.*, corsivi dell'A.

In realtà è lo stesso Radbruch a circoscrivere lo spettro applicativo della formula, affermandone espressamente la proiezione al futuro¹³⁰.

Non può allora sfuggire la (inconsapevole) modernità del ragionamento, che sembra richiamare – “in tempi non sospetti” – tanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale, quanto l’istituto dell’interpretazione conforme.

Evoca la prima nel momento in cui fa appello alla violazione dell’eguaglianza, poiché nel moderno Stato costituzionale la ponderazione dei valori (che assumono la veste giuridica di «principi»¹³¹) avviene per mezzo di un controllo fondato sulla ragionevolezza e destinato all’annullamento della legge ingiusta¹³².

Evoca il secondo quando, a causa dell’alto grado di intollerabilità della legge, suggerisce una soluzione che non è né il *Nicht-Recht* né la preservazione della certezza¹³³.

«Per quanto riguarda l’ingiustizia legale di quei dodici anni trascorsi», invece, «è necessario cercare di realizzare le esigenze della giustizia con la minore perdita possibile quanto a certezza del diritto»¹³⁴. Pertanto, sarebbe errato ritenere che per Radbruch la

¹³⁰ «Questo vale per il futuro», così G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht*, cit., p. 169 trad. it.

¹³¹ V., di recente, G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, spec. 230 ss. e anche G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi: Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari- Roma, 2009.

¹³² Annullamento che, in materia penale, non trova ostacolo nella *res judicata* e lascia ritenere la norma incriminatrice *Nicht-Recht*, v. il combinato disposto degli artt. 30, comma 4, L. n. 87/1953 («[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali») e 673 c.p.p. («[n]el caso di [...] dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti»).

¹³³ In un ordinamento multi-livello, infatti, l’interpretazione conforme si giustifica a partire dall’inidoneità della norma a garantire a monte alcuni obiettivi e culmina con una “trasfigurazione” della *littera legis* formalmente invariata, ma sostanzialmente dotata di un nuovo significato compatibile con i suddetti obiettivi; interpretazione conforme che in materia penale può soltanto produrre effetti *in bonam partem*.

¹³⁴ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht*, cit., p. 169 della trad. it. L’A. ravvisa uno strumento idoneo nella «Legge sulla punizione dei fatti di reato nazisti», adottata il 31 maggio 1946 per la zona della Germania occupata dagli americani. Secondo G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici*, cit., lo strumento avuto in mente da Radbruch a questi fini è «una sorta di “accertamento costitutivo”, [che] ossia chiarifica e certifica un dovere di punizione già vigente all’epoca nazista, e allora non adempiuto, così imponendo nuovamente la sua attuazione», 59.

giustizia debba prevalere a detrimento del colpevole, infatti «lo Stato di diritto» con le sue garanzie «è come il pane quotidiano, come l'acqua da bere, come l'aria da respirare, e la cosa migliore della democrazia sta proprio nel fatto che solo essa è in grado di assicurare lo Stato di diritto»¹³⁵.

Come stiamo per vedere, sarà la prassi applicativa interna, a farne un uso – si accetti la provocazione – *contra reum*.

5.1. (Segue): *profili applicativi*.

I richiami alla *doppia formula* di Radbruch nella giurisprudenza di legittimità *post* conflitto sono numerosi. Molti erano i casi in cui i giudici di merito, applicando il diritto nazista, avevano pronunciato condanne troppo miti o mandato esenti da pena autori di crimini efferati¹³⁶.

In questo paragrafo passeremo rapidamente in rassegna alcune decisioni del *Bundesgerichtshof* (BGH) in materia penale, tralasciando le sentenze civili e amministrative¹³⁷.

Tuttavia, a questo proposito, va fatta una eccezione: si tratta della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento del danno avanzata da una vedova per l'uccisione del marito e del figlio disertore¹³⁸. Nel caso di specie, infatti, si faceva questione, *inter alia*, della validità dell'ordine di emergenza (*Katastrophenbefehl*) che autorizzava l'uccisione dei disertori senza alcun tipo di processo. A tale proposito, l'argomentazione della "Cassazione federale" si basa su un motivo sia formale che materiale: l'ordine è sicuramente inefficace perché emanato al di fuori di una procedura di legge, ma anche quando fossero state rispettate le forme richieste, non avrebbe vincolato l'autore del fatto, perché «[l]a legge trova il suo limite là dove si pone in contrasto con le regole del diritto internazionale generalmente riconosciute o con il diritto naturale oppure quando il contrasto della legge positiva con la giustizia raggiunge una misura così insopportabile da far sì che la legge, in quanto 'diritto ingiusto' debba piegarsi alla giustizia. Se nella statuizione del diritto positivo si rinnega del tutto il

¹³⁵ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht*, cit., p. 172 della trad. it.

¹³⁶ Un breve affresco del quadro di impunità delineato dalle sentenze di merito si trova in T. VORMBAUM, *L'elaborazione del passato*, cit., 114-123.

¹³⁷ Il riferimento è alla casistica presentata e citata da G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 51 ss., cui si rinvia per l'esame della giurisprudenza in questa sede pretermessa. Utile è anche la lettura di A. VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli, 1965.

¹³⁸ In *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 3/1951, 94 ss.

principio dell'eguaglianza, allora la legge è privata della sua natura di diritto ed essa non è più in alcun modo diritto (Radbruch, SJZ 1946, 105,107). [...] Quindi il cosiddetto *Katastrophenbefehl* è privo di ogni forza di legge. Esso non è norma giuridica; il prestarvi esecuzione sarebbe obiettivamente antiggiuridico»¹³⁹.

Quanto alla giurisprudenza penale, tre sentenze di annullamento, pronunciate dalla I sez. del *BGH*, hanno in particolare attirato l'attenzione della dottrina.

La prima riguardava tre funzionari addetti al trasferimento di ebrei dalla regione di Württemberg (oggi Land di Baden-Württemberg), e imputati di sequestro di persona aggravato dall'evento morte, ma alla fine assolti perché, mancando la consapevolezza del piano di sterminio, il fatto non costituiva reato.

I giudici di legittimità affermano, invece, che esiste un nucleo intangibile di valori costituito dai «principii 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 sembrano autorizzarne la violazione»; in quest'ordine di idee, escluso che gli imputati nulla sapessero, consegue che 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 (*Unrecht*)»¹⁴⁰.

Nella seconda sentenza i giudici di legittimità esaminano la vicenda di un alto dirigente dello RSHA (il *Reichssicherheitshauptamt*), che si era autoproclamato pubblico accusatore in due tribunali speciali da lui autonomamente costituiti in base ai poteri attribuiti alle SS, facendo condannare a morte sei persone. L'assoluzione della Corte d'Assise di Monaco, motivata in base alla circostanza che quelle corti avevano l'aspetto esteriore di tribunali, viene rovesciata *in toto*, con le medesime argomentazioni della sentenza precedentemente citata (questa pronuncia è del 12 febbraio 1952, quella del 29 gennaio 1952) e tramite una elencazione delle ipotesi di non-

¹³⁹ La motivazione e la traduzione si trovano in G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 51-52.

¹⁴⁰ Sent. 29 gennaio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 2, 234 ss.; la traduzione e il riferimento sono in G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 56-57.

diritto (pur) coperto dal *Führerprinzip* (e.g. la soluzione finale e lo sterminio dei malati psichiatrici)¹⁴¹.

La terza sentenza annulla l'assoluzione di un dirigente di polizia, che aveva organizzato la deportazione di ebrei, ma era stato ritenuto privo della consapevolezza del fine ultimo del trasporto. Anche in questo caso il *BGH* esclude errori sull'antigiuridicità del fatto in virtù della manifesta illiceità delle prescrizioni impartite all'imputato stesso, contrarie alla dignità e ai principi che costituiscono il «nucleo essenziale e intangibile del diritto»¹⁴².

Non risultano indispensabili ai fini della nostra analisi le pur numerose sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*), giacché l'annullamento della legge è un'attribuzione fisiologica del Giudice delle leggi.

Per evidenziare l'uso delle *formule* come criterio argomentativo ci basta ricordare la pronuncia del 14 febbraio 1968 con la quale viene dichiarata la contrarietà alla Costituzione (*Grundgesetz*) del già menzionato decreto n. 11 sulla cittadinanza (*supra* § 1): la perdita della cittadinanza comminata agli ebrei – si legge – non costituisce diritto perché «il suo contrasto con la giustizia raggiunge un grado di intollerabilità da doverlo far considerare nullo sin dall'inizio. [...] Diritto e giustizia non stanno a disposizione del legislatore e l'idea che un costituente possa ordinare tutto a suo piacimento sarebbe il ritorno a un positivismo legale libero da valori, che scienza e prassi hanno da tempo superato»¹⁴³.

A questo punto, abbiamo tutti gli strumenti per formulare una conclusione sulla consistenza del principio di legalità dopo il secondo conflitto mondiale.

¹⁴¹ Sent. 12 febbraio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 2 (1952), 173 ss.; v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 58-59.

¹⁴² Sent. 19 dicembre 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 3 (1952), 357 ss.

¹⁴³ Sent. 14 febbraio 1968, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 23/1968, 98 ss.; v. G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 66-67.

Le formule di Radbruch sono riaffiorate nei cc.dd. *Mauerschützenprozesse* all'indomani della caduta del muro di Berlino quindi, ancora una volta, in un contesto di transizione (eccezionale per definizione). Per l'analisi della giurisprudenza tedesca rinviamo a E. M. AMBROSETTI, *In margine alle cd. Sentenze del muro di Berlino*, cit.; R. MUHM, *Il "Muro di Berlino"*, cit.; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 68 ss., riservandoci di riprendere *infra*, CAP. III, quei profili funzionali all'analisi della giurisprudenza E.D.U.

6. *La legalità penale internazionale all'indomani del secondo conflitto mondiale: fiat iustitia et pereat mundus?*

Il lettore avrà sicuramente notato che finora il *nullum crimen* ha fatto sì capolino, ma è stato in buona sostanza un invitato di pietra¹⁴⁴. Prima di esaminarne la portata, infatti, avevamo bisogno di individuare alcune tendenze affermatesi dopo il secondo conflitto mondiale; e ciò in vista di una migliore comprensione del retroterra storico-ideologico dell'art. 7/2 C.E.D.U.

Ora, intrecciando i fili del discorso notiamo che non c'è discontinuità, per quanto sembri paradossale, tra il diritto nazista e il diritto penale internazionale a esso immediatamente successivo.

L'affermazione va meglio precisata, giacché nella sua laconicità si presta a fraintendimenti.

Come abbiamo visto, infatti, nell'ordinamento nazionalsocialista l'abrogazione del divieto di analogia comporta la transizione da un sistema in cui il consociato è garantito contro gli abusi dei pubblici poteri (*in primis* dell'esecutivo) a un altro in cui la pericolosità sociale o, *rectius*, la natura dell'individuo imprime criminosità alla condotta. Parimenti, la condanna a Norimberga in base a disposizioni dalla discutibile precisione e prevedibilità segnala la prevalenza, nell'esercizio della potestà punitiva, di ragioni altre rispetto alla tutela del singolo.

Insomma, tra *favor libertatis*, sotteso alla legalità formale, e *favor societatis*, proprio della legalità sostanziale, entrambi i sistemi – per ragioni specularmente opposte – sono protesi verso il secondo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Nullum crimen, nulla poena sine lege* è il prodotto della sintesi di tre formule coniate da P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen*, cit.: *nullum poena sine lege* (*Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesets voraus*, qualsiasi inflizione di una pena presuppone un codice penale); *nulla poena sine crimine* (*Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch die Existenz der bedrohten Handlung*, l'inflizione della pena è dovuta all'esistenza dell'azione minacciata); *nullum crimen sine poena legali* (*Das gesetzlich bedrohte Factum (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe*, il fatto incriminato dalla legge è determinato dalla punizione legale).

In questa sede lo considereremo unitariamente, alla luce della connessione logica e garantista di tutti i suoi corollari e, pertanto, faremo coincidere la legalità con la tipicità/tassatività e con il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, consapevoli tuttavia del fatto che ciascuno di essi ha una specifica *ratio* giustificatrice.

¹⁴⁵ Un'efficace sintesi dei caratteri delle due legalità si trova in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 9 ss.

Sennonché, guardando più da vicino al diritto della comunità degli Stati, ci si accorge che il vero *punctum dolens* nella vicenda è un altro.

Il diritto internazionale infatti non conosce la figura di un legislatore centralizzato: gli Stati, forti delle loro (almeno teoriche) sovranità e indipendenza paritarie, regolano i propri interessi tramite prassi e patti. Nella prima categoria si collocano le consuetudini, plasmate – come il *common law* insegna – dalla giurisprudenza internazionale¹⁴⁶; nella seconda, invece, ricadono i trattati, i quali però sono – al momento da noi considerato – ancora refrattari alla previsione di puntuali obblighi di incriminazione, astrattamente lesivi del dogma della sovranità di ciascun ordinamento¹⁴⁷.

Non avrebbe quindi molto senso denunciare, in un settore inevitabilmente *in fieri*, l'assenza di un precetto scritto e preciso, tanto più che: *a*) la legalità, *sub specie* di tipicità, nasce di per sé con un fondamento *politico-ideologico*, essendo volta non a estromettere la fonte consuetudinaria (purché dotata di prevedibilità) – altrimenti dovremmo ritenere assente il *rule of law* nei sistemi a diritto giurisprudenziale¹⁴⁸ – ma, piuttosto, a garantire la divisione dei poteri (esigenza non avvertita nell'ordinamento internazionale)¹⁴⁹; *b*) i *crimina iuris gentium* previsti dalla Carta di Norimberga rinvenivano il loro fondamento vuoi nelle tipiche fonti del diritto inter-statale, *i.e.* le

¹⁴⁶Come nota H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg devant les Principes du Droit Pénal International*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 70, Parigi, 1947, 481 ss., 575: «fa parte del nucleo duro del diritto internazionale essere, a rigore, un diritto consuetudinario» (trad. nostra).

¹⁴⁷ Sovranità di cui gli stati sono molto gelosi come dimostra, in ambito euro-unitario, la sussistenza di una *competenza penale* solamente *indiretta* ai sensi dell'art. 83 T.F.U.E., *i.e.* con la necessaria mediazione degli Stati-membri. Sul punto v. la bibliografia indicata nell'*Introduzione* alla nota 1, *sub B*).

¹⁴⁸ Del resto l'art. 7/1 C.E.D.U., prevedendo l'irretroattività della nuova incriminazione, contempla, al fine di non escludere i paesi di *common law*, il «diritto» e non la legge.

¹⁴⁹ In questo senso O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo, 1966, 102 ss. Molto chiaramente M. CATENACCI, "*Legalità*" e "*tipicità del reato*", cit., 64: «[d]a questo punto di vista il diritto internazionale conterrebbe anzi un vero e proprio *limite strutturale* al pieno dispiegamento del principio di tipicità dell'illecito, costituito a sua volta dall'assenza di un 'centro' produttore di norme, paragonabile, in qualche modo a un parlamento su base elettiva». Sulla matrice politico-istituzionale del principio, legata all'avvento dello Stato liberale v., per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., 8-9.

consuetudini (v. i crimini di guerra), vuoi in un atto scritto, vale a dire la Carta stessa (v. i crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità, questi ultimi tra l'altro contemplati dai codici nazionali sotto la rubrica di *omicidio, lesioni* ecc.).

È rispetto a un'applicazione *ex post facto* dei crimini contro la pace che possono nutrirsi riserve.

A questo proposito, il T.M.I., incalzato sul punto dalla difesa, afferma:

«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»¹⁵⁰.

Almeno due sono i rilievi: l'uno (più) formalistico, l'altro contenutistico.

In primo luogo, va notato che le versioni ufficiali della sentenza differiscono: lo stralcio appena letto infatti corrisponde alla versione inglese.

In lingua russa si legge di «un generale principio di diritto», mentre in francese di «una regola generalmente seguita»¹⁵¹. Ciò sta a dimostrare, da un canto, la prevalenza dell'impostazione americana e, dall'altro, le resistenze culturali del giudice francese, spiegabili in una logica di *civil law* come la nostra¹⁵².

¹⁵⁰ *Trial of The major war criminals before the international military tribunal. Nuremberg 14 november 1945 - 1 october 1946*, cit., 219 (trad. e corsivo nostri). V. pure l'opinione dissenziente del giudice Röling, in *Araki et al.*, Tribunale militare internazionale per l'estremo oriente (T.M.I.E.O.), 1° novembre 1948, in B. V. A. RÖLING – C. F. RÜTER (a cura di), *The Tokyo Judgment*, Amsterdam, 1977, vol. II, 1509: «il divieto di retroattività della legge è espressione di saggezza politica, non necessariamente applicabile alle odierne relazioni internazionali. Nella loro guerra per la libertà, anche le potenze vincitrici possono, se le circostanze lo richiedono, decidere di non tenere in alcun conto questa massima di libertà», trad. in A. CASSESE, *Lineamenti*, cit. 190-191.

¹⁵¹ Il confronto tra le versioni è in G. ACQUAVIVA, *At the Origins of Crimes Against Humanity. Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 881 ss.

¹⁵² ID., *At the Origins of Crimes Against Humanity*, cit., 902.

Pertanto – ecco il secondo rilievo – il *nullum crimen* esige *comunque*, se così stanno le cose, l’esercizio del magistero punitivo, senza attardarsi molto – alla luce della posizione apicale rivestita dagli imputati – su un utilizzo eventualmente strumentale della sanzione; sanzione che, potendo consistere nella pena di morte o in altra conseguenza ritenuta giusta, è tutta sbilanciata verso il momento della prevenzione generale mediante minaccia.

Confrontato con la più “navigata” legalità domestica, esso si rivela in tutta la sua *naïveté* (o, se si preferisce, nel suo stato embrionale)¹⁵³: se infatti, per maggiore familiarità, ragionassimo con le nostre categorie, dovremmo collocarlo non nel nucleo duro dei controlimiti inderogabili¹⁵⁴, ma nell’alveo dell’art. 3 Cost., suscettibile, come la giurisprudenza in tema di retroattività *in mitius* insegna, di ragionevoli bilanciamenti¹⁵⁵. In poche parole, nella comunità internazionale vige(va), in materia penale, il *nullum crimen sine iure*¹⁵⁶.

¹⁵³ Si noti come le affermazioni criticate coincidano con quelle di CICERONE, *Verr*, 2,1,42,108, in un ordinamento – quello romano – che ha conosciuto solo *in nuce* il principio di legalità (in argomento v. F. BERTOLDI, *L’origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *forum historiae iuris*, 26 ottobre 2016): « Nella legge Voconia non c’è quello “ha fatto o farà”», contenuto nell’editto di Verre a danno di P. Annio, «e nessuna legge punisce un fatto passato, a meno che non si tratti di cosa di per sé così scellerata ed empia, che si sarebbe dovuta con ogni sforzo evitare anche nel caso che non esistesse alcuna legge che la punisse (“*nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit*)», trad. nostra.

¹⁵⁴ Sul punto v. la vicenda Taricco, *i.e.* da ultimo M.A.S., C.G.U.E., 5 dicembre 2017, C-42/17, in questa *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1281 ss., con nota di F. VIGANÒ, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*; in *Cass. pen.*, 2018, 106 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità* e in *Giur. It.*, 2018, 718 ss., con nota di A. MARTUFI, *La sentenza Taricco-bis: la qualità della legge penale come limite all’effetto diretto?*. Sulla natura reocentrica dell’irretroattività penale nel diritto continentale cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica contemporanea*, Milano, 2012, 3 ss.

¹⁵⁵ Per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 267-268.

¹⁵⁶ A dire il vero anche oggi il principio di legalità risente (o, secondo altra prospettiva, beneficia) di una forte componente giurisprudenziale, che ne modifica i tratti originari, rendendo assolutamente anacronistico definire il giudice, secondo l’insegnamento del Montesquieu, *bocca che pronuncia le parole della legge*. In argomento v., AA. VV., *La crisi della legalità*, cit.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità?*, Torino, 2014; di recente cfr. D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit.

Che tale fosse lo stato dell'arte lo dimostra anche KELSEN, il quale, esprimendosi sulla legittimità del processo di Norimberga, non mostra perplessità sull'applicazione retroattiva delle incriminazioni. Interrogatosi sul fondamento del principio di irretroattività, egli osserva:

«anche se le atrocità sono coperte dal diritto interno», il riferimento è al diritto nazionalsocialista, «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 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 altr[i] principî 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 indiscriminatamente»¹⁵⁷.

Il carattere criminale delle vicende è tale da contaminare, mediante considerazioni etiche, anche la ricercata purezza della dottrina kelseniana, spingendo l'A. ad affermare che lo scudo protettivo del divieto di *ex post facto laws* non può essere invocato da chi per primo lo ha violato¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Così H. KELSEN, *The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals*, in *The Judge Advocate Journal*, 3/1945, 8 ss., 10-11 (trad. nostra). L'eccezione cui l'A. allude è il principio *ignorantia legis non excusat*, in virtù della quale, malgrado l'irretroattività risulti intimamente connessa alla effettiva conoscenza del divieto (o del comando), ci si accontenta ai fini dell'imputazione della mera conoscibilità.

Analoghe considerazioni vengono espresse in ID., *Will the Nuremberg Trial*, cit., 165.

¹⁵⁸ ID., *The rule*, cit., 46. Analogamente, in Italia, v. la polemica tra A. C. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il Ponte», 1945, 277 ss., recisamente contrario all'applicazione retroattiva della legge penale e P. CALAMANDREI, in una postilla in calce al medesimo articolo, secondo cui: «il principio della irretroattività

In rapporto sinergico con queste affermazioni si trova anche la *duplice formula* di Radbruch.

Essa nelle intenzioni del suo Autore non costituisce tanto un criterio di risoluzione delle controversie, ma piuttosto uno strumento ermeneutico – il cui contenuto esige, come visto, delle correzioni – a disposizione degli interpreti per il caso di un *ritorno dell'uguale*¹⁵⁹.

Pur non volendo annichilire *tout court* il diritto positivo, le formule postulano che principi superiori di giustizia esigono l'esercizio della *potestas puniendi* dello Stato. All'eccezionalità è affidato il contenimento di epiloghi che ricalcano il *fiat iustitia et pereat mundus*.

Se tale è il contesto, risulta più agevole comprendere perché l'art. 7 C.E.D.U., dopo avere enunciato che §1 «[n]essuno 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», statuisca al § 2:

della legge penale deve valere nell'interno dell'ordinamento giuridico in cui è scritto, ma non può essere invocato senza contraddizione a difesa di chi ha respinto e distrutto quell'ordinamento, e se ne è messo fuori da sé», 286. Su questo dibattito v. M. DONINI, *La gestione penale*, cit., 197-199 e G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit., 17-19.

Esprime giudizio positivo sul processo G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità*, cit., che sottolinea 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», 56-57. Insomma, nel caso di specie non vi sarebbe quell'«effetto sorpresa» che il divieto di retroattività vuole scongiurare.

¹⁵⁹ «Dobbiamo sperare che per il popolo tedesco una tale ingiustizia [*Unrecht*] rimarrà l'aberrazione e il disorientamento di una sola volta; tuttavia, per tutti i casi possibili dobbiamo armarci contro il ritorno di un tale Stato di non-diritto [*Unrechtsstaat*], superando di principio il positivismo, che rese impotente ogni difesa nei confronti dell'abuso della legislazione nazionalsocialista. Questo vale per il futuro», G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht*, cit., 169 della trad. it.

«[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, era un crimine secondo i principi generale di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

Il § 2 «raccolge e positivizza l'eredità lasciata dalla cd. *formula di Radbruch*»¹⁶⁰ e dal processo di Norimberga, al punto che la dottrina lo denomina *clausola di Norimberga*¹⁶¹.

Nel capitolo successivo ne analizzeremo la struttura, tenendo conto dell'evoluzione della legalità internazionale, perché – come si avrà modo di notare – i due profili vanno intimamente connessi.

¹⁶⁰ Così L. BIN, «*Formula di Radbruch*», *principio di irretroattività e lex mitior*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2014, 8; nello stesso senso F. MAZZACUVA, *sub art. 7 – Nulla poena sine lege*, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS – F. VIGANÒ, Torino, 2016, 236 ss., 243; M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in AA. VV., *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, a cura di L. DÍEZ-PICAZO - A. NIETO MARTÍN, Navarra, 2010, 245 ss.

¹⁶¹ Alla bibliografia indicata nell'*Introduzione sub nota 3*, adde 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.

CAPITOLO II

I PRINCIPI GENERALI RICONOSCIUTI DALLE NAZIONI CIVILI

Profili teorico-ricostruttivi

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. I *Travaux Préparatoires*. – 3. Principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili: principi vs regole. – 3.1. (*Segue*): una nozione polisemica. – 3.2. (*Segue*): l'art. 38 ST. C.I.G. – 4. (*Segue*): la prassi dei Tribunali penali internazionali. Premessa. – 4.1. (*Segue*): il T.P.I.J. Fondamento e giurisdizione. – 4.1.1. (*Segue*): il T.P.I.J. La vicenda *Tadić*. – 4.1.2. (*Segue*): il T.P.I.J. La vicenda *Erdemović*. – 4.1.3. (*Segue*): il T.P.I.J. La vicenda *Furundžija*. – 4.2. (*Segue*): il T.P.I.R. Fondamento e giurisdizione. – 4.2.1. (*Segue*): il T.P.I.R. La vicenda *Akayesu*. – 5. Principi generali del diritto, funzione incriminatrice e diritto penale internazionale contemporaneo. – 6. Il «diritto internazionale» e i rapporti tra art. 7 § 1 e 2 C.E.D.U.

1. Considerazioni preliminari.

Nelle pagine precedenti abbiamo fatto emergere le premesse storico-culturali dell'art. 7 § 2 C.E.D.U., concentrandoci sulle dinamiche del processo di Norimberga e sulla proposta ermeneutica avanzata da GUSTAV RADBRUCH, di cui i *principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili* sono diretta emanazione.

Prima di entrare nel vivo della materia, tuttavia, è essenziale precisare che la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (C.E.D.U) tra i “legati” del nazionalsocialismo riveste un ruolo peculiare¹.

¹ La civiltà giuridica contemporanea ha paradossalmente molti debiti di gratitudine verso l'esperienza nazionalsocialista: oltre alla nascita del diritto penale internazionale, della C.E.D.U. e di altri strumenti internazionali posti a presidio degli *human rights*, non si può trascurare la transizione dallo Stato liberale di diritto al moderno Stato costituzionale. Con la caduta dei regimi totalitari, infatti, comincia a muovere i primi passi un diritto costituzionale dell'umanità (in questo senso G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 100), in grado di influire sulla nozione stessa di costituzionalismo. La novità principale riguarda la posizione della legge non più (buona o cattiva che fosse) sovrana, ma subordinata alla sua conformità/razionalità con valori superiori, *i.e.* quelli su cui si registra un consenso

sociale sufficientemente ampio (ID., *op. ult. cit.*, 142: «la legge, un tempo unica misura esclusiva di tutte le cose nel campo del diritto, cede così il passo alla Costituzione e diventa essa stessa oggetto di misurazione. Viene detronizzata a vantaggio di un'istanza più alta»).

Quanto poi alla Convenzione – redatta nell'ambito del Consiglio d'Europa e firmata a Roma il 4 novembre 1950 – essa è riconducibile al *genus* dei trattati internazionali multilaterali (vi partecipano infatti tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa) e racchiude nel Titolo I, sul modello della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* (v. il preambolo: «[c]onsiderata la Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948»), il catalogo dei diritti tutelati, nonché norme sul godimento, sulla protezione e sulla limitazione degli stessi (artt. 1-18); prevede e disciplina nel II il funzionamento del meccanismo di accertamento giurisdizionale delle violazioni perpetrate dagli Stati-parte, imperniato *ab origine* su Commissione E.D.U., per lo svolgimento della fase istruttoria, e Corte E.D.U., oggi divenuta, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11, giudice unico del sistema (artt. 19-51); contempla nel III (e ultimo) «disposizioni varie» (artt. 52-59). A queste previsioni si aggiungono i Protocolli addizionali, muniti anch'essi di efficacia vincolante, che hanno la funzione di *incrementare il novero dei diritti* (cfr., *e.g.*, il Prot. n. 1 in materia di proprietà, istruzione parentale ai figli e libere elezioni) o di *modificare/riformare i meccanismi di funzionamento* (v., da ultimo, il Prot. n. 16 che, sulla falsariga del rinvio pregiudiziale per interpretazione proponibile alla C.G.U.E., consente alle Corti nazionali di formulare richieste di pareri consultivi in merito a questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà stabilite nella Convenzione). Sulla struttura v. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 59 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 18.

Infine, per completezza sui “profili successori del nazionalsocialismo”, va segnalato – all'interno della Convenzione stessa – l'art. 17 che vieta *l'abuso del diritto*: la disposizione è stata richiamata a più riprese dalla Corte E.D.U. in materia di negazionismo dell'Olocausto. Ad un'applicazione che può definirsi mite, cioè *a) ad adiuvandum* (in grado di introdurre nel tessuto argomentativo di una decisione l'interesse alla pacifica coesistenza della popolazione nell'ambito dello Stato convenuto) ovvero *b) apparentemente ad abundantiam* (quando è stata già decisa la sorte della limitazione oggetto di doglianza sotto il paradigma della necessità), si affianca, al di fuori di ogni logica di bilanciamento, l'*effetto ghigliottina* del presunto diritto in gioco (nella specie, la libertà di espressione) e, di conseguenza, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso. Sul tema e la relativa bibliografia sia tollerato il rinvio a G. PUGLISI, *La “satira” negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'olocausto*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2016. Sul differente esito applicativo della disposizione in tema di negazionismo del genocidio armeno v., per tutti, P. LOBBA, *Testing the “uniqueness”: denial of the holocaust vs denial of other crimes before the european court of human rights*, in AA. VV., *Law and Memory. Addressing Historical Injustice by Law*, a cura di U. BELAVUSAU – A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, Cambridge, 2017, 109 ss.

Beninteso, non è nostro interesse indulgiare né sulle disposizioni interferenti con il diritto penale nazionale, né sugli effetti ad esse collegati² e neppure sulla collocazione gerarchica della Convenzione nel sistema domestico delle fonti³.

Si vuole piuttosto rimarcare la “prepotenza” dei diritti umani, specie dopo la seconda guerra mondiale, al fine di comprendere perché quello in esame è «un patto [...] ben più coriaceo dei normali trattati internazionali»⁴.

Sul punto, invero, abbiamo già ricordato sia gli echi giusnaturalistici di cui era intriso il processo di Norimberga, sia il progressivo sgretolamento della *potestas puniendi* statale cui lo stesso ha dato la stura⁵.

Se esistono delle *prerogative umane* intangibili e auto-evidenti (*i.e.* non concesse, ma riconosciute dagli Stati⁶), è chiaro come non possa più accettarsi l’idea secondo cui le stesse ricevano protezione (civilistica o penalistica) unicamente dal medesimo ordinamento che le ha lese o finanche annichilite.

² Questi profili sono bene indagati da A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*. *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 162 ss. ed E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 37 ss.

³ Basti qui ricordare che con le sentenze Corte Cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte Cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 349, in *giurcost.org* il Giudice di legittimità costituzionale le ha attribuito rango sub-costituzionale: la prevalenza delle disposizioni in essa contenute sulla legge ordinaria è subordinata alla previa deliberazione di compatibilità delle stesse con tutte le previsioni costituzionali (i cc.dd. contro-limiti allargati). Per tutti v. A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*. Sulla (mancata) comunitarizzazione della Convenzione v. ID., *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell’Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *www.diritticomparati.it*, 24 maggio 2012.

⁴ Così efficacemente V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 1 ss., 3.

⁵ CAP. I, §§ 4, 4.1, 4.2.

⁶ In questo senso v., *e.g.*, l’art. 2 Cost. It.: «la Repubblica riconosce [...] i diritti inviolabili dell’uomo».

La “portata sovversiva”⁷ dei diritti umani riposa allora nella possibilità di invocarli *contro* l’Autorità, innalzandoli a «regola di giudizio, che permette di tracciare il limite tra ciò che può e non può essere diritto»⁸.

La C.E.D.U. si staglia in questo panorama per almeno tre ragioni⁹:
a) la sua vocazione ecumenica, che spinge a identificarla come «primo trattato onnicomprensivo in materia di diritti umani», giacché la *Convenzione per la prevenzione e la punizione del crimine di genocidio*, adottata dalle Nazioni Unite il 9 dicembre 1948 e quindi cronologicamente antecedente, si indirizza(va) a una singola forma di violazione dei diritti umani (il genocidio, appunto), configurando – alla stregua di un comune trattato di diritto penale internazionale – norme definitorie e obblighi di incriminazione in capo agli Stati-parte¹⁰;
b) la promozione di un sistema oggettivo di tutela, che rifugge la condizione di reciprocità (tipica delle fonti internazionali pattizie)¹¹ ed è attivato dai ricorsi promossi da «ogni Alta Parte contraente» (art. 33) ovvero da «persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di

⁷ In questo senso A. GAMBINO, *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Roma, 2001, 4.

⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986, trad. it. di A. BERNARDI, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. PALAZZO, Milano, 1992, 249. V. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., 17.

Beninteso, è questa una prospettiva familiare al penalista moderno che rigetta l’idea di un diritto criminale arcaico, inteso come «arte schifosa» consistente «nello insegnare i dettati positivi di legislatori autonomi e crudeli; nel disegnare i modi di circonvolvere un accusato; e le misure per regolare i tratti di corda, e le strette delle tenaglie» (così F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo* (1864-63), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I5, Firenze, 1898, 169 ss., 194), abbracciando – come già ricordato – quella di *Magna Charta* del reo. Nel sistema convenzionale, l’elemento di novità è semmai rappresentato dalla possibilità di tutelare i diritti fondamentali *tramite* (e non *dal*) diritto penale; sul punto rinviamo, per tutti, a F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA. VV., *La Convenzione europea*, cit., 243 ss.

⁹ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA. VV., *La Convenzione europea*, cit., 69 ss.

¹⁰ W. A. SCHABAS, *The European Convention*, cit., 1. Sulla Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio rinviamo ancora a C. D. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale*, cit.

¹¹ V. art. 1 C.E.D.U., alla cui stregua «[l]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione», ma anche, in generale, l’art. 60 § 5 Conv. di Vienna sul diritto dei trattati (1969) che esclude l’applicazione della condizione di reciprocità per le «disposizioni riguardanti la protezione della persona umana che sono contenute nei trattati di carattere umanitario».

privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli», alle condizioni di ricevibilità indicate dall'art. 35; c) il contesto istituzionale comprensivo di un organo giurisdizionale, che, interpretando le scarse disposizioni del Trattato, rende quest'ultimo una «“carta ipertestuale”»¹², e di un organo politico, *i.e.* il Comitato dei Ministri cui spetta, *ex art.* 46, il compito di controllare l'esecuzione delle sentenze.

Se ne ricava un quadro articolato, reso al giorno d'oggi ancora più complesso dalla sua inevitabile interazione non solo – com'è naturale – con l'ordinamento interno e i suoi contro-limiti, ma soprattutto – specie dopo l'adozione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (C.D.F.U.E.)¹³ – con quello euro-unitario¹⁴.

Perciò, anche quando si affronti un tema come il nostro, dovrà tenersi a mente l'approccio multi-livello¹⁵. Del resto, la C.D.F.U.E.

¹² Così V. MANES, *Introduzione*, cit., 7.

¹³ Cui spetta il merito di avere definitivamente emancipato l'Unione Europea dalla sua originaria vocazione economico-mercantile, “umanizzandola”. In argomento, per tutti, P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2014, 379 ss.

¹⁴ Per descrivere questi rapporti triadici A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in AA. VV., *La crisi della legalità*, cit., usa l'immagine dei lottatori di sumo, «enormi atleti giapponesi dediti agli scontri incruenti ma accaniti per restare al centro del ring a scapito dell'avversario, insomma per non essere estromessi dal terreno di lotta ovvero – fuor di metafora per non essere marginalizzati», 18. V. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

Senonché, com'è stato efficacemente notato (M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006), dalla *complessità* del sistema derivano *incompletezza e incoerenza*, nonché, conseguentemente, la necessità di rinunciare ai classici strumenti di risoluzione delle antinomie normative, prediligendo piuttosto i mezzi di aggiramento delle stesse. A essi (vale a dire *a*) i criteri di razionalità materiale, *b*) la non applicazione della norma, *c*) i controlimiti, *d*) l'interpretazione conforme e *d*) il margine nazionale di apprezzamento e bilanciamento) è dedicata la monografia di C. SOTIS, *Le “regole” dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, che, per spiegare il significato del proprio studio, richiama il movimento laterale compiuto, nel gioco degli scacchi, dal cavallo rispetto a (quello lineare de)lla torre [la metafora è mutuata dall'A. stesso da V. FOA, *Il cavallo e la torre*, Torino, 1991].

¹⁵ La fortunata categoria di *multilevel constitutionalism* è stata introdotta per la prima volta da I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.

contiene una previsione affine: enunciando il principio di legalità, l'art. 49 § 2, con una formula che ricalca quella dell'art. 7 § 2 C.E.D.U., dispone che «[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»¹⁶.

Chiarita in via preliminare l'importanza del diritto convenzionale, in questo capitolo esamineremo la nozione di «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» (§§ 3-5) e, per comprendere il rapporto tra § 1 e § 2 art. 7, quella di «diritto internazionale» (§ 6)¹⁷.

Utile punto di partenza sono i lavori preparatori, ausilio ermeneutico insostituibile nell'analisi delle norme, specie se criptiche come la nostra.

2. *I Travaux Préparatoires.*

Nel sistema C.E.D.U. l'art. 7 § 2 svolge un ruolo assolutamente singolare. Come abbiamo lasciato intendere *supra* in relazione ai modelli di giustizia di transizione¹⁸, esso sembrerebbe permettere una torsione della legalità convenzionale¹⁹ a detrimento dell'individuo, vale a dire *in malam partem*. E ciò sebbene l'art. 15 C.E.D.U., che ammette deroghe «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», escluda dal suo stesso spettro applicativo *inter alia* proprio l'art. 7²⁰.

¹⁶ Sul confronto tra art. 7 § 2 C.E.D.U. e art. 49 § 2 C.D.F.U.E. v. *infra* nelle *Conclusioni*. Meno ambiguo è invece il riferimento contenuto all'art. 41 § 3 C.D.F.U.E. in tema di *Diritto ad una buona amministrazione*: «[o]gni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri».

¹⁷ Con un'inversione metodologica rispetto alla loro *sedes* (il «diritto internazionale» infatti è richiamato dal § 1, mentre i «principi generali [...]» dal § 2) per ragioni di linearità espositiva.

¹⁸ V. al CAP. I, § 3 la citazione di G. FORNASARI *sub* nota 62.

¹⁹ In argomento v. la bibliografia nell'*Introduzione*, *sub* nota 1 Γ).

²⁰ Per comodità del lettore si riporta il testo dell'art. 15 C.E.D.U., §§ 1-2: «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli

Il carattere fuori dell'ordinario della disposizione è confermato dai lavori preparatori²¹.

Durante la redazione della Convenzione il *nullum crimen* non aveva formato oggetto di lunghe deliberazioni: sul modello dell'art. 11 § 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo²², esso si muoveva tendenzialmente nel solco della tradizione illuministica liberale.

Tuttavia, nella sessione del 4 febbraio 1950, l'esperto del Lussemburgo presentava al Comitato incaricato di redigere la versione finale del trattato un emendamento volto a salvaguardare la legislazione repressiva dei crimini nazisti, impiegata dagli Stati all'indomani della guerra²³; emendamento che, a sua volta, trovava causa nel dibattito sulla relativizzazione del principio di irretroattività promosso dal governo britannico in seno alla Commissione O.N.U. sui diritti umani e, più precisamente, in occasione della redazione dell'(odierno) art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (P.I.D.C.P.)²⁴.

articoli 3, 4 § 1 e 7». Ne consegue che, malgrado la formulazione letterale dell'art. 15, la garanzia *ex art. 7* non è assoluta: in questo senso v. anche E. BLEICHRODT, *No punishment without law*, in *Theory and practice*, cit., 666; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 108.

²¹ *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, L'Aja, 1976, consultabili anche all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf. Notizie anche in A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 316; P. ROLLAND, *article 7*, cit., 293, 299-300; W. A. SCHABAS, *The European Convention*, cit., 3-10, 351-353.

²² Questo il testo del § 2, consultabile all'indirizzo http://www.senato.it/documenti/repository/relazioni/libreria/fascicolo_diritti_umani.pdf: «[n]essun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetuato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso».

²³ *Collected Edition of the Travaux Préparatoires*, cit., 195: «anche nel diritto nazionale, il principio che la legge penale è irretroattiva è senza dubbio un principio generale contemplato da tutte le nazioni civili. Non vi è comunque unanime consenso sulla sua inderogabilità. Possono presentarsi situazioni in cui il legislatore sia costretto a ricorrere a una legge penale retroattiva. Questo è stato infatti il caso in numerosi Stati europei durante e dopo la guerra del 1939-1945», trad. nostra.

²⁴ W. A. SCHABAS, *op. ult. cit.*, 353.

Non è un caso che l'art. 15 § 2 P.I.D.C.P., con minime varianti linguistiche rispetto all'art. 7 § 2 C.E.D.U., reciti «[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».

Le argomentazioni utilizzate tuttavia non risultavano pienamente convergenti: l'una era giuridica, l'altra politica²⁵.

In sede convenzionale (*rectius*, regionale) si rimarcava infatti l'assenza nel diritto della Comunità degli Stati di un principio di irretroattività in materia penale; affermazione che si rivela(va) tecnicamente imprecisa, ma negli effetti veritiera²⁶.

In sede (più squisitamente) internazionale, invece, si sosteneva *apertis verbis* la necessità di evitare la condanna giuridico-politica del processo di Norimberga e di preservarne la sentenza.

Sarà il Comitato di esperti a sciogliere il nodo, affermando che:

«questo testo» [*i.e.* il § 1] «non influisce sulle leggi promulgate nelle circostanze assolutamente eccezionali alla fine della Guerra mondiale per reprimere i crimini di guerra e i fatti di tradimento e di collaborazionismo e non comporta alcuna condanna giuridica o morale di queste leggi»²⁷.

Due i modi alternativi per realizzare l'obiettivo: da un canto, statuire l'applicazione *pro futuro* della Convenzione, cosicché il divieto di incriminazioni *ex post facto* non fosse scalfito²⁸; dall'altro, includere nel corpo della disposizione – come poi è stato fatto – un riferimento ai principi generali del diritto.

La soluzione accolta ha una notevole forza evocativa²⁹, ma è certamente più ambigua di quella scartata. I lavori preparatori sembrano

²⁵ Riferimenti in P. ROLLAND, *op. cit.*, 299.

²⁶ Nel processo di Norimberga, infatti, il *nullum crimen* “esiste”, ma è definito principio di giustizia (v. *supra* CAP. I, § 6) e i principi di giustizia – si pensi all'*equity* – sono fonti che la Corte Internazionale di Giustizia utilizza per la risoluzione delle controversie (art. 38 ST. C.I.G.). In quanto tale, tuttavia, esso poteva soccombere, come abbiamo visto, per scongiurare il rischio di impunità.

²⁷ Doc. A, 15 febbraio 1950, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, vol. II, L'Aja, 1976, 262-263, trad. nostra.

²⁸ *Collected Edition of the Travaux Préparatoires*, cit., 209.

²⁹ Al punto da spingere J. SOYER, *L'article 7 de la Convention existe-t-il?*, in AA. VV., *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne- Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Colonia – Berlino- Bonn – Monaco, 2000, 1337 ss., 1345 a ritenere che la disposizione sia espressione di una *legge di natura*, volta a punire crimini così efferati da non poter essere fondati sul diritto positivo. Sulla derivazione giusnaturalistica dei principi generali cfr. V. PIANO MORTARI, *I principi generali del diritto dal giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in AA. VV., *I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Roma, 1992, 135 ss.

imputare al § 2 una “funzione congiunturale”³⁰ che nella giurisprudenza E.D.U. vivrà fino a tempi recenti alterne vicende³¹, ma nulla aggiungono al significato della formula (*rectius*, formulazione).

Quest’ultimo andrà pertanto ricostruito a partire dalla teoria generale e, soprattutto, dal diritto internazionale, ambito elettivo di applicazione dei *principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili*³², nonché, per esigenze di “realismo esegetico”, alla luce della giurisprudenza penale internazionale.

Il fine è comprendere se vi sia o meno – al di là dell’affermazione testuale in seno al § 2 – un’incompatibilità ontologica tra detti principi e il diritto penale.

3. Principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili: principi vs regole.

A differenza del concetto di «materia penale»³³, la Convenzione non pare accogliere una nozione autonoma di *principi generali*. È allora

Sintomatico della forza evocativa è il richiamo ai principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili fatto, *e.g.*, dall’art. 11, lett. g) della Costituzione del Canada (in <http://caid.ca/ConstAct010208.pdf>), e nello stesso senso v. art. 13, § 6 della Costituzione dello Sri Lanka (<https://www.parliament.lk/files/pdf/constitution.pdf>).

³⁰ L’espressione «origine congiunturale» è di P. ROLLAND, *op. cit.*, 299.

³¹ *Infra* CAP. III.

³² In argomento, oltre alla bibliografia che sarà citata nel prosieguo, v. AA. VV., *General Principles and the Coherence of International Law*, a cura di M. ANDENASN - M. FITZMAURICE - A. TANZI - J. WOUTERS - L. CHIUSI, Leiden-Boston, 2019.

³³ È noto come la Corte E.D.U., ravvisando un parallelismo tra art. 6 e 7 C.E.D.U., adotti un approccio sostanzialistico alla nozione di *matière pénale/criminal offence*, al fine di evitare che interventi di depenalizzazione o qualificazioni formali diverse da quella di «reato» (es. illecito «punitivo amministrativo» o «disciplinare») possano aggirare le garanzie convenzionali, prima fra tutte il divieto di retroattività *in malis*. Il *leading case* è la sent. *Engel et al. c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in *hudoc.echr.coe.int*, con cui la Corte individua tre macro-indici rivelatori dell’esistenza di una *matière pénale*: la *qualificazione domestica* (criterio assolutamente recessivo); la *natura del fatto o del comportamento vietato* (in genere valutata da sola o con l’ausilio degli altri criteri) e consistente nell’indagine sulla qualificazione della infrazione in prospettiva comparata, sul carattere generale o particolare della norma violata, sulla gravità della condotta, ivi inclusa la riprovazione da essa suscitata; lo *scopo* e la *severità della sanzione*. Oltre ai già citati lavori di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit. e di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., in cui l’A. mette bene in evidenza il carattere a *geometria variabile* di questa nozione, rimane fondamentale C. E. PALIERO,

istintivo provare a rintracciarne il senso in una prospettiva giusfilosofica.

In via di approssimazione, un «principio» è elemento caratteristico e immanente all'ordinamento giuridico (nel nostro caso quello delle nazioni civili), dedotto attraverso l'astrazione da norme specifiche³⁴.

Esso può pertanto intendersi quale norma generale che dà "origine" – come il significato etimologico suggerisce – a una *regola*, chiamata a svolgere una funzione di precisazione³⁵.

Nella dottrina contemporanea il dibattito sulla differenziazione tra *principi* e *regole* è tra i più accesi³⁶.

Da un punto di vista classificatorio si possono individuare due «famiglie di teorie»³⁷: la a) *distinzione forte*³⁸ e la b) *distinzione debole*³⁹.

"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" ad una svolta radicale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.

³⁴ In questo senso v. G. GAJA, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, (533 ss.), consultato nella versione *online*.

³⁵ Sulla specialità tra norme in prospettiva generale v. l'ampia monografia di S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011. Cfr. altresì N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 113 ss. e, in tema di conflitto tra norme, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 295 ss. In senso difforme dal testo v. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. sp. *Teoría de los derechos fundamentele*, Madrid, 1997, 82 che usa «norma» come concetto di genere, mentre «principi» e «regole» come *species*.

³⁶ In generale v. R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. disc. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, 341 ss. e il I agg. (2011), in *DigestoOnline/Pluris*.

³⁷ Di famiglie di teorie parla G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, n. 11/2011, 75 ss., chiarendo come le teoriche vengono sostenute con varietà di accenti che, fatto salvo un minimo comune denominatore, non sono sempre totalmente condivisi dagli AA. appartenenti al medesimo filone argomentativo.

³⁸ Cfr. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* Oxford, 2002; ID., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, 294 ss.; ID., *Theorie der Grundrechte* (1985), cit.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982; L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 115 ss.; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 85 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

³⁹ V., *ex plurimis*, V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, I-II, 41-63; III, 157-181; IV-V, 230-264; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della*

Secondo la prima impostazione, vi sarebbero alcuni elementi qualitativi e categoriali specifici. Detto altrimenti, i principi mostrerebbero caratteristiche costanti di cui le regole sarebbero prive: essi, *e.g.*, giustificano le norme (ne costituiscono cioè la *ratio*), ma non necessitano di giustificazione; proclamano valori fondanti e tuttavia non indicano né i comportamenti da adottare né le relative modalità deontiche (divieto, permesso e obbligo)⁴⁰.

Secondo R. ALEXY, l'elemento decisivo su cui si basa questa dicotomia è che i primi «sono norme che comandano che si realizzi qualcosa nella misura del possibile, cioè tenuto conto di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile», configurandosi come «comandi di ottimizzazione»; le seconde «sono norme che possono essere solo osservate o violate. Se una regola è valida bisogna allora fare esattamente ciò che essa esige, né più né meno. Pertanto le regole contengono *determinazioni*»⁴¹.

Allo stesso modo R. DWORKIN osserva che «gli uni e le altre orientano a particolari decisioni, ma differiscono per il carattere dell'orientamento che suggeriscono. Le regole sono applicabili nella forma del *tutto-o-niente* [...] principi, invece, esprimono una ragione che spinge in una direzione, ma che non necessita di una particolare decisione»⁴².

B) Tale ripartizione quasi manichea viene contestata dai fautori della *distinzione debole*, secondo cui la questione di fondo non deve vertere

Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi (1985), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI – V. VELLUZZI, Torino, 2018, 173 ss.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 300-312; G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, cit.; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, 823 ss.

⁴⁰ G. PINO, *op. cit.*, 82-87.

⁴¹ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., 86-87, i corsivi sono dell'A., la trad. è nostra.

⁴² R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 93-95, l'enfasi nel testo è nostra.

Nello stesso s. v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149: «alle regole “si ubbidisce” [...] ai principî invece “si aderisce” [...]. Le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principî non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per *prendere posizione* di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente», corsivi dell'A.

tanto sulla presenza *in sé* di particolari requisiti costitutivi, ma piuttosto sulla *misura in cui* essi si riscontrano⁴³.

Principi e regole, in questa prospettiva, hanno *caratteristiche comuni in gradi diversi*.

Dal punto di vista *strutturale*, genericità e indeterminatezza sono quantitativamente maggiori nei primi. Essi infatti possono essere attuati o violati in più modi⁴⁴, avere campi applicativi eterogenei e produrre gli effetti più disparati, giacché «la fattispecie di un principio di solito proclama un valore [...], senza stabilire precisamente in che modo esso dovrà essere realizzato»⁴⁵.

Al contrario le seconde, pur potendo presentare profili di genericità, contemplano conseguenze determinate. Si pensi, *e.g.*, alla regola in virtù della quale «chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno» (art. 575 c.p. italiano): la condotta è descritta in maniera generica, mentre la conseguenza è univoca⁴⁶.

Dal punto di vista *funzionale*, il principio caratterizza assiologicamente un settore o finanche l'intero ordinamento, indicando obiettivi, che sarà poi la regola a dover raggiungere: in questi termini «l'importanza dei principi è (o è presentata come) *in re ipsa* – un

⁴³ Si osserva, da un canto, che anche le regole possono avere un ruolo fondante, fungere cioè da base per altre norme; dall'altro che i principi possono non essere assoluti, ma giustificati da principi superiori più generali, in questo senso G. PINO, *op. cit.*, 90.

Una posizione più estrema occupa, sempre nell'ambito della distinzione debole, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, n. 3/2010, 2771 ss., secondo cui regole e principi coinciderebbero. In estrema sintesi, l'A. contrappone il cd. *costituzionalismo argomentativo o principialista*, secondo cui i principi avrebbero una normatività più debole rispetto alle regole, giacché rispetto ad essi non opera il meccanismo della sussunzione, ma quello della ponderazione, e il cd. *costituzionalismo normativo o garantista*, alla cui stregua i principi (costituzionali) si comportano come regola in quanto, come queste ultime, impongono divieti di lesione o obblighi di prestazione/protezione.

⁴⁴ A questo proposito J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit. osserva come «i principi sono spesso affermati in modi che lasciano i loro oggetti non-specificati [...] Promuovere la felicità umana, rispettare la dignità umana, incrementare la produttività e comportarsi negligenemente, ingiustamente o irragionevolmente sono atti altamente non specifici», 836-838, trad. nostra.

⁴⁵ G. PINO, *op. cit.*, 97.

⁴⁶ L'esempio è di G. PINO, *op. loc. ult. cit.*, ma può essere riadattato, tenendo in considerazione le fattispecie di evento *causalmente orientate* (o *causali pure* o, ancora, *a forma libera*), in cui, alla luce del rango del bene protetto, la tipicità riposa sul nesso eziologico tra condotta ed effetto. Sul punto, per tutti, v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, 530-532.

principio è (o è presentato come) importante *in sé*, e la circostanza che un principio consista nella positivizzazione, nella diretta proclamazione, di un valore o di un diritto morale, contribuisce a conferirgli un immediato rilievo assiologico. In tal senso, pur potendo ciascun principio essere giustificato da altri principi giuridici, o da altri principi etico-politici, un principio è in grado di funzionare come una norma *finale* (un obiettivo cui tendere). Le regole invece hanno una importanza *strumentale*, sono importanti nella misura in cui riescono ad assicurare la realizzazione di un principio (di un valore, di un interesse, ecc.). È possibile dunque immaginare più regole diverse che, dato un principio, un ideale etico-politico ecc., risultino *funzionalmente equivalenti* [...] ai fini della realizzazione di quel principio o ideale etico-politico [...]. Tuttavia, l'importanza di quella regola diventa palese non appena si immagini di sostituirla *con nessuna regola*»⁴⁷.

Infine, sotto il profilo *operativo* – immediato effetto dei piani precedenti – va notato che i principi per la loro genericità e indeterminatezza possono entrare in contrasto tra loro: dovranno dunque essere bilanciati, alcuni prevalendo e altri soccombendo. Ne consegue che le regole derivabili in sede di concretizzazione di un principio oppure in sede di bilanciamento non possono essere individuate né *ex ante* né esaustivamente⁴⁸.

Sono a questo punto legittime le perplessità del lettore che si domandi le ragioni di questo *excursus*, specie ove si consideri che le teorie riproposte attengono al campo dei diritti fondamentali.

Messo da parte un apodittico riferimento all'affinità di settore (diritto costituzionale e diritto internazionale sono – com'è noto – rami del diritto pubblico), la concisa esposizione del dibattito ci è sembrata utile per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, serviva a evidenziare l'evanescenza del concetto in esame e, conseguentemente, a instillare il dubbio sulla sua (im)praticabilità in funzione incriminatrice; funzione che *prima facie* la lettera dell'art. 7 § 2 C.E.D.U. sembra suggerire⁴⁹. Del resto il diritto penale è già prigioniero dei suoi propri principi (tra cui il divieto di punizioni *ex post facto*) e categorie dogmatiche, tutti (o quasi) concepiti in funzione di contenimento e razionalizzazione del magistero punitivo.

⁴⁷ G. PINO, *op. cit.*, 102-103, corsivi dell'A.

⁴⁸ In questo senso v. G. PINO, *op. cit.*, 108-109.

⁴⁹ Per un quadro completo delle funzioni che i principi generali paiono rivestire in materia penale v. *infra*, § 5.

In secondo luogo, era premessa necessaria per inquadrare la polisemia che si riscontra rispetto ai *principi generali del diritto*; polisemia sulla quale è giunto il momento di attardarsi.

3.1. (Segue): *una nozione polisemica.*

Secondo la dottrina internazionalistica, l'espressione *principi generali del diritto* ha molteplici significati⁵⁰. Il loro esame è necessario al fine di scongiurare il rischio di usi imprecisi o, peggio, manipolativi. In un'accezione minimale essi sono (1) *norme generali*⁵¹: *pacta sunt servanda, res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest, inadimplenti non est adimplendum*, l'obbligo di negoziare *ex bona fide* solo per citarne alcuni. A ben vedere non differiscono in nulla dalle consuetudini internazionali o dai principi di logica e giustizia diffusi negli ordinamenti interni degli Stati⁵².

A questa nozione si affianca poi quella di (2) *motivi ispiratori di gruppi omogenei di norme*, privi di efficacia vincolante (non sono, pertanto, fonti), ma muniti di forza suasoria (servono cioè come puntelli argomentativi *ad adiuvandum*)⁵³.

La locuzione può altresì riferirsi (3) ai *caratteri strutturali e immanenti dell'ordinamento internazionale*, da cui potrebbero dedursi norme vincolanti specifiche, cioè non riscontrabili nelle fonti in senso stretto⁵⁴.

⁵⁰ C. FOCARELLI, *Trattato*, cit., 296 ss., ne individua nove, riconoscendo tuttavia che alcuni di essi sono sovrapponibili.

⁵¹ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 300.

⁵² Si pensi, senza andare molto lontano, al codice civile italiano che, occupandosi del contratto quale forma di autonomia patrimoniale (affine, *mutatis mutandis*, all'istituto del trattato), conosce e dà attuazione ai medesimi; v., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

⁵³ Tipici esempi sono i *principi generali fondamentali del diritto umanitario*, il *principio di dignità* o quello di *umanità* v. C. FOCARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ Per E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2016 sono «principi che vanno estratti dalla logica normativa dello stesso ordinamento internazionale», utili a «ricostruire l'ordinamento internazionale come un ordinamento completo e capace di integrare le proprie eventuali lacune», 137.

Secondo R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, sono norme consuetudinarie a cui, tuttavia, «appare opportuno attribuire [...] una posizione a sé stante, per sottolinearne l'inerenza diretta alla struttura di fondo del sistema e il carattere generalissimo delle regole che essi consacrano, insieme al rilievo che queste assumono nel complesso dell'ordinamento»; rilievo che spinge a parlare di principi costituzionali, 73. L'A. distingue i principi formali (*pacta sunt servanda*), da quelli materiali (ad esempio, quelli ricavati dalla *Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale, concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli*

Sul punto, tuttavia, chiamata a provarne la intrinsecità, certa dottrina si limita a evidenziarne la valenza assiomatica, sostenendo come essi siano auto-evidenti e razionali a tal punto da non necessitare di alcuna dimostrazione⁵⁵.

Inoltre, i principi generali del diritto stanno a indicare (4) i *valori fondamentali su cui è imperniata la comunità internazionale*⁵⁶, nonché (5) i *principi* dedotti dalla *ratio* di una norma oppure da un complesso di norme, al fine di sistematizzare e rendere coerente il sistema. In quest'ultimo senso essi – come si sarà già intuito – servono a colmare le lacune tramite un procedimento di applicazione analogica (*analogia iuris*).

Ancora, essi possono venire in rilievo come (6) *principi di logica giuridica intrinseci all'esercizio della giurisdizione* (e.g. la mancata pronuncia sull'oggetto della controversia per cessazione della materia del contendere)⁵⁷, (7) *principi progressivi* – a mezza via tra una consuetudine non ancora consolidatasi e il *soft law* – privi dunque di valore vincolante, e (8) *principi presupposti*, «nel senso che in loro assenza le norme esistenti sarebbero incomprensibili, o rinvierebbero ad un circolo vizioso, e tuttavia il contenuto precettivo è nella norma e non nel principio sottostante»⁵⁸.

stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite – Ris. Ass. Gen. n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970: eguaglianza sovrana degli Stati; autodeterminazione dei popoli; non intervento negli affari interni o esterni di un altro Stato; divieto della minaccia o dell'uso della forza; obbligo di soluzione pacifica delle controversie internazionali; obbligo di cooperazione reciproca in conformità alla Carta delle N.U.; obbligo di adempiere in buona fede gli obblighi assunti in conformità alla Carta delle N.U.), 74.

⁵⁵ Molto critico C. FOCARELLI, *op. cit.*, 302-311, che sottolinea la difficoltà di capire cosa sia veramente strutturale in un ordinamento, passando in rassegna le critiche mosse all'esistenza di un costituzionalismo globale.

⁵⁶ Oltre allo «strumentalismo», vale a dire la circostanza che il metodo per affermarli cambi in funzione del risultato da raggiungere, C. FOCARELLI, *op. cit.*, 312, evidenzia che «[n]el diritto internazionale è controverso quali siano i «valori comuni della comunità internazionale», come debbano essere individuati, chi ne sia portatore o più portatore di altri, e *soprattutto* quali conseguenze specifiche possono esserne plausibilmente tratte in modo sufficientemente univoco», enfasi dell'A.

⁵⁷ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 315.

⁵⁸ *Id.*, *op. cit.*, 315-316: «[a]d esempio, i principi di interpretazione presuppongono altri principi che guidino nella loro stessa interpretazione; tali altri principi di solito non vengono formulati e vengono semplicemente presupposti; del resto se fossero formulati ne occorrerebbero altri ancora per interpretarli, e questi sarebbero di nuovo presupposti, e così via. Si pensi al principio di «ragionevolezza» [...] il quale presuppone *la sua stessa* ragionevolezza, e cioè che non sia irragionevole essere

L'ultimo significato (9) è quello richiamato dall'art. 38, § 1, lett. c) ST. C.I.G.: «[l]a Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica [...] c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» che sono collocati in posizione subordinata rispetto ai trattati [lett. a)] e alle consuetudini [lett. b)].

3.2. (Segue): l'art. 38 ST. C.I.G.

Pur avendo chiarito il nucleo duro della nozione di «principio», la polisemia sottesa alla locuzione «principi generali del diritto» è certamente un fattore di complicazione: se non si procede a razionalizzare il piano dell'indagine, circoscrivendolo, si corre il rischio di spiegare *obscurum per obscurius*.

Il dato testuale serve allora da discriminante.

L'art. 7 § 2 C.E.D.U. ricalca la formula contenuta nell'art. 38 § 1, lett. c) ST. C.I.G. Pertanto non v'è motivo di ritenere che i due significati divergano: la *clausola di Norimberga* mutua senso e portata dalla norma affine che lo ST. C.I.G. prevede per risolvere le controversie internazionali.

Tuttavia, se il metodo pare in linea di principio corretto, è sotto il profilo funzionale – come stiamo per vedere – che si registrano maggiori incertezze. Pertanto, gioverà ancora una volta affidarsi ai lavori preparatori e, precisamente, al dibattito che ha preceduto l'introduzione dell'art. 38 § 3 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (C.P.G.I.), organo della Società delle Nazioni, di cui il più volte menzionato art. 38 ST. della C.I.G., operante – lo ricordiamo – nel sistema delle Nazioni Unite, ricalca le orme⁵⁹.

In questa prospettiva, la paternità della disposizione può essere attribuita, in seno al Comitato incaricato dal Consiglio della Società delle Nazioni di redigere lo statuto della C.P.G.I., al giurista belga ÉDOUARD EUGÈNE FRANÇOIS DESCAMPS, secondo cui la Corte avrebbe dovuto applicare anche «*les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés*»⁶⁰. Il fine era

ragionevoli, ma ciò significa che la ragionevolezza «ultima» sfugge in eterno sul piano logico [...].», enfasi dell'A.

⁵⁹ Gli Studiosi hanno espresso posizioni così numerose da risultare quasi inafferrabili. Nel prosieguo accoglieremo alcune soluzioni, avendo cura di segnalare le tesi dottrinali divergenti rispetto alla scelta fatta.

⁶⁰ C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 giugno-24 luglio 1920 avec Annexes*, L'Aja, 1920, 306: «le regole di diritto internazionali come riconosciute dalla coscienza giuridica dei popoli civili».

quello di evitare che, in mancanza di norme consuetudinarie o pattizie applicabili, si dovesse pronunciare il *non liquet*, abdicando al compito di rendere giustizia⁶¹.

Tuttavia si temeva che siffatta formulazione favorisse epiloghi soggettivistici: i principi rischiavano di essere interpretati con una latitudine diversa a seconda dell'ordinamento in rilievo a scapito della certezza del diritto e dell'accettazione da parte degli Stati della (futura) giurisdizione della Corte⁶².

Il barone DESCAMPS aveva replicato che «ciò potrebbe essere in parte vero, nel caso in cui si tratti di alcune regole secondarie», ma «non è più vero quando si tratti della legge fondamentale del giusto e dell'ingiusto, profondamente scolpita», ecco gli echi giusnaturalistici, «nel cuore di ogni essere umano [...]»⁶³; nondimeno, alla fine, veniva accolto l'emendamento dello statunitense E. ROOT: «*principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés*»; testo definitivamente approvato – come oggi si legge anche *ex art. 38 § 1 lett. c) St. C.I.G.* – con una minima variazione linguistica, dal momento che il termine «*peuples*» è stato sostituito con quello di «*nations*»⁶⁴.

Certo, non si può dire che questa formulazione sia più limpida della precedente; anzi, è proprio da essa che la nostra indagine ha preso le mosse. I lavori preparatori sembrano chiarire, tuttavia, due profili.

⁶¹ In senso adesivo v. l'intervento di A. DE LAPRADELLE, *ivi*, 312-313. *Contra* ARTURO RICCI-BUSATTI, *ivi*, 314: «nel constatare l'assenza di una regola positiva di diritto internazionale, cioè di un limite internazionale alla libertà delle Parti, si stabilisce comunque una situazione giuridica» e «ciò che non è vietato è permesso; ecco un principio generale del diritto che la Corte dovrà applicare», nel senso che in assenza di regole «non esistono diritti suscettibili di essere fatti valere da una delle parti contro l'altra». La tesi di RICCI-BUSATTI è analoga a quella di H. KELSEN, *Principles of international law*, New York, 1952, 306.

⁶² Sono gli argomenti dello statunitense ELIHU ROOT, *ivi*, 308-309: «è possibile costringere le nazioni a sottoporre le loro controversie a un Tribunale che amministra non solo la giustizia, ma anche quel che esso ritiene essere la coscienza dei popoli civilizzati?», nella convinzione che «l'America non aderirebbe mai ad un trattato di giurisdizione obbligatoria di una Corte che vada al di là delle regole generalmente riconosciute», perché «la Corte non deve avere il potere di legiferare», trad. nostra.

⁶³ *Ivi*, 310. Anzi, secondo il giurista belga, si sarebbe piuttosto configurato un «dovere tale da impedire [ai giudici] di fidarsi troppo della loro propria opinione soggettiva: a loro spetta di verificare se i dati della loro coscienza sono in armonia con i dettami della coscienza giuridica dei popoli civili», 311.

⁶⁴ *Ivi*, 344 e 567.

1) *La funzione integrativa.* I principi servono a riempire gli spazi non coperti da trattati e consuetudini, configurandosi come strumenti residuali di decisione⁶⁵, al fine di evitare epiloghi *lato sensu* ingiusti⁶⁶. Com'è stato notato, «la disposizione sembra risentire di una particolare visione dell'ordinamento internazionale, concepito come [...] incompleto, il quale abbisogna quindi [...], di fare ricorso a fattori di integrazione»⁶⁷. Tali fattori, come si intuisce dalla precisazione di LORD PHILLMORE nei lavori preparatori, sono esterni, trattandosi di principi «che sono accettati da tutte le nazioni in foro domestico, come alcuni principi di procedura, il principio della buona fede, il principio della *res judicata* ecc.»⁶⁸.

⁶⁵ Beninteso, è una funzione minimale e quanto più possibile ecumenica. Ad esempio M. C. BASSIUNI, *A Functional Approach to "General Principles" of International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, n. 3/1990, 768 ss., ne individua ben quattro: interpretazione del diritto pattizio e consuetudinario; sviluppo di nuove norme internazionali; ruolo sussidiario ai trattati e consuetudini; strumento modificativo del diritto convenzionale e consuetudinario, 775 ss.

Senonché come nota lo stesso A., «sia la C.P.G.I. che la C.I.G. si sono dimostrate caute e hanno spesso attribuito ai *Principi Generali* un ruolo limitato che potrebbe ascriversi alla funzione sussidiaria, sebbene», continua, «niente nella storia dei lavori preparatori dei due Statuti garantisce [la certezza di] questa interpretazione», 800 [l'allusione è alla circostanza che la gerarchia delle fonti suggerita da Descamps venne da ultimo eliminata, v. meglio M. C. BASSIUNI, *op. cit.*, 782], trad. nostra.

⁶⁶ Secondo T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 251 non si tratterebbe a rigore di scongiurare il *non liquet*, perché laddove la pretesa sia sprovvista di fondamento in regole generali o particolari di diritto internazionali il giudice deciderà, respingendola. Per G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, 43-46 i principi generali costituiscono criteri a cui il giudice internazionale può/deve ispirarsi nella decisione (creatrice del diritto per il caso concreto; l'A. parla infatti di sentenza dispositiva e non di accertamento) proprio al fine di evitare il *non liquet*.

⁶⁷ E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 133. Sulla compatibilità di tale *modus operandi* v. R. LUZZATTO, *op. cit.*, 76, secondo il quale, «[t]enendo presente che i principi generali comuni agli ordinamenti statali esprimono valori riconosciuti ed accolti nell'ambito delle società organizzate a Stato, delle quali tali ordinamenti sono espressione, non può certo stupire che tali principi e valori trovino automaticamente riconoscimento anche nelle relazioni interstatali, a livello del sistema giuridico che regola queste ultime. Tale sistema trova infatti il proprio sostegno nella società universale, di cui quelle organizzate a Stato altro non sono che parziali articolazioni: e la mancanza di istituzioni politico-giuridiche comuni a livello interindividuale non esclude che i valori comuni alle società e agli ordinamenti statali trovino immediato riscontro e riconoscimento a livello internazionale».

⁶⁸ C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes*, cit., 335.

Pare dunque doversi rigettare la tesi che, in virtù del riferimento *ex art.* 38 § 1 ST. C.I.G. alla conformità al diritto internazionale⁶⁹, identifica le fonti richiamate dalla lett. c) solamente nei principi del diritto delle genti, rifiutando quelli comuni agli ordinamenti interni⁷⁰. Secondo la dottrina sovietica questi ultimi andavano infatti estromessi in quanto espressione degli interessi delle potenze coloniali e del loro diritto internazionale borghese-imperialista⁷¹.

Ma il dato testuale ci pare chiaro.

Si tratta di principi interni che sono “presi in prestito” dalla Comunità degli Stati⁷²; il richiamo al diritto internazionale contenuto nell’*incipit* dell’art. 38 chiarisce, semmai, che «nell’applicare i principi comuni agli ordinamenti interni la Corte deve rispettare le norme internazionali»⁷³. Beninteso, ciò non vuol dire che non esistano *principi di diritto internazionale* (abbiamo visto nel paragrafo precedente che è una delle possibili accezioni dell’espressione *principi generali*), ma significa piuttosto che questi ultimi operano sul diverso piano dell’interpretazione e sistematizzazione di altre regole⁷⁴.

⁶⁹ Si riporta per comodità del lettore l’*incipit* dell’art. 38 ST. C.I.G.: «La Corte, cui è affidata la missione di *regolare conformemente al diritto internazionale* le divergenze che le sono sottoposte, applica [...]».

⁷⁰ Per tutti G. J. TUNKIN, “*General principles of law*” in *International Law*, in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, a cura di R. MARCIC – H. MOSLER – E. SUY – K. ZEMANEK, Monaco-Salisburgo, 1971, 523 ss.

⁷¹ Così C. FOCARELLI, *op. cit.*, 314, il quale evidenzia che, per questa teorica, «il termine «riconosciuti» veniva quindi inteso nel senso che il riconoscimento provenisse dalla generalità degli Stati *esistenti* al momento in cui li si ricercava», enfasi dell’A.

⁷² C. FOCARELLI, *op. cit.*, 329-330 sostiene che essi rendano possibile una valutazione di giustizia in forma il più possibile oggettiva quando mancano altre norme applicabili.

⁷³ «I principi comuni non possono condurre la Corte a considerare, ad esempio, vietato un comportamento che secondo il diritto internazionale è lecito o viceversa, ma soltanto a determinare il contenuto, in ipotesi meno specifico, di una norma internazionale: si può fare il caso delle forme della riparazione di un danno illecitamente arrecato oppure quello della delimitazione fra zone soggette a diverse sovranità territoriali», G. GAJA, *op. cit.*, 4 vers. *online*.

⁷⁴ Essi (i principi di diritto internazionale) dovrebbero allora trovare collocazione nel diritto consuetudinario *ex lett. b)*, sebbene non manchi chi li riconduca alla lett. c), data la mancata qualificazione del termine *law* (nel primo senso, accolto nel testo, v. F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden-Boston, 2008, 41-42; nel secondo, cfr. K. ZEMANEK, *The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law - Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden- Boston, 1997, 135-136).

2) *Il carattere composito e flessibile*⁷⁵. Evidente la natura compromissoria della formulazione⁷⁶, essa si riferisce sicuramente a principi di giustizia e logica tanto elementari e inerenti all'idea del diritto da far presumere che ogni ordinamento giuridico statale li conosca e li applichi⁷⁷. Non è un caso che per indicarli si impieghino le espressioni latine mutuare dal diritto canonico e da quello romano: *pacta sunt servanda; rebus sic stantibus; qui tacet consentire videtur; nemo potest ad impossibile obligari; ne bis in idem; nemo iudex in re sua; in claris non fit interpretatio; vim vi repellere licet; volenti non fit iniuria; necessitas legem non habet ecc*⁷⁸.

Senonché, malgrado l'art. 38 St. C.I.G. sia chiaro nell'attribuire loro rilevanza *ex se*⁷⁹, autorevolissima dottrina ne ha negato l'autonomia,

Per E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 139 ss. esempi tipici sarebbero i principi di reciprocità e proporzionalità. Distinguono chiaramente i principi mutuati dal foro domestico e quelli propri dell'ordinamento internazionale E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 136 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di M. FRULLI, Bologna, 2017, 309-310; R. LUZZATTO, *op. cit.*, 73 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, Milano, 2016, 166-168; in modo estremamente sfumato T. TREVES, *op. cit.*, 250. Non sembra fare alcuna distinzione A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2010, 119.

⁷⁵ Di categoria «composita e flessibile» parla S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2017, 143.

⁷⁶ Così A. CASSESE, *op. cit.*, 311.

⁷⁷ Così H. LAUTERPACHT, *International law: Being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, a cura di E. LAUTERPACHT, Cambridge, 1970, 69-74: «quei principi di diritto, privato e pubblico, che l'esame dell'esperienza giuridica delle nazioni civili spinge a ritenere massime ovvie della giurisprudenza di carattere generale e fondamentale [...] un confronto, generalizzazione e sintesi delle regole del diritto nei suoi vari settori – privato e pubblico, costituzionale, amministrativo e procedurale – comuni ai vari sistemi giuridici domestici», trad. nostra.

Questa accezione pare mettere (quasi) tutti d'accordo. Il quadro delle opinioni dottrinali è invero estremamente caotico come rilevato, e.g., da M. CHERIF BASSIOUNI, *op. ult. cit.* e da FRANCES T. FREEMAN JALET, *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations - A Study*, in *UCLA Law Review*, 1963, 1044 ss.

⁷⁸ V. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, 168. Come sottolinea C. FOCARELLI, *op. cit.*, 328, «data la loro funzione di disciplinare le esigenze più elementari degli esseri umani, i principi generali del diritto hanno sempre corrisposto non solo a principi giuridici ma anche ad un «senso elementare di giustizia» che è alla base del diritto e che si riflette nell'idea delle minime «esigenze di umanità» che il diritto, quale che sia, non può ignorare».

⁷⁹ In questo senso v., *inter alios*, H. MOSLER, *General Principles of law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, II, 1995, 511 ss.; F. SALERNO, *Principi*

sostenendone l'assimilazione alle consuetudini internazionali⁸⁰. In quanto tali, occorrerebbe allora che (a) i principi vengano applicati in modo conforme dalla maggior parte degli Stati (*usus/diuturnitas*) e che (b) prescrivano comportamenti ritenuti imposti o necessari anche a livello internazionale (*opinio juris ac necessitatis*)⁸¹.

In questi termini, l'art. 38 § 1 lett. c) sarebbe uno strumento per estendere, al di là delle *gross violations* dei diritti umani (già contemplate dal diritto consuetudinario), il perimetro dei rapporti Stato-sudditi, ricomprendendovi anche situazioni meno "allarmanti", ma pur sempre bisognose di intervento alla luce dei principi di dignità umana e di giustizia sociale⁸².

Per conciliare le due posizioni, si è affermato che la categoria dei *principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili* non si risolve nelle consuetudini, ma in esse trova la sua legittimazione⁸³.

E ciò perché, diversamente opinando, si svilirebbe il loro carattere sussidiario e verrebbe inoltre richiesto un requisito, *i.e.* l'*opinio iuris*, che è per definizione assente, giacché nella loro elaborazione gli Stati non guardano alla necessarietà/doverosità in seno all'ordinamento internazionale. Si conceda anche che si tratti di norme consuetudinarie, «in ogni caso il punto (e in fondo il loro carattere *sui generis*) è che sono norme ricavate dagli ordinamenti interni e si applicano soltanto in assenza delle norme consuetudinarie "ordinarie"»⁸⁴.

I profili critici della disposizione non sono terminati⁸⁵.

generali di diritto (diritto internazionale), in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, 1996, 524 ss., consultato in *Digesto/Pluris*.

⁸⁰ Tra queste teorie la più suggestiva, anche ai nostri fini, è quella di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, 51-52, che parla di «categoria *sui generis* di norme consuetudinarie internazionali, rispetto alle quali la *diuturnitas* è data dalla loro uniforme previsione e applicazione da parte degli Stati all'interno dei rispettivi ordinamenti», 51.

⁸¹ *Opinio* che secondo l'A. sarebbe sicuramente presente nelle regole di logica e giustizia, ID., *op. loc. ult. cit.*

⁸² ID., *op. cit.*, 52.

⁸³ «Intendiamo dire che la *categoria* dei principi generali di diritto, come principi che non derivano già da norme consuetudinarie e pattizie, è ammessa dal diritto consuetudinario e non che ciascun principio sia di diritto consuetudinario sia pure *sui generis*», C. FOCARELLI, *op. cit.*, 329, corsivo dell'A.

⁸⁴ C. FOCARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵ Sulla possibilità di utilizzare i principi generali anche se non richiamati dai trattati, aspetto che non interessa nello specifico, v. F. SALERNO, *op. cit.*, 6 (della vers. *online*): «[u]na tale categoria normativa è così connaturata all'ordinamento in cui opera da adattarsi alle sue esigenze ordinarie di un dato momento storico,

L'art. 38 § 1, lett. c) parla di principi *generali*, che sono *riconosciuti dalle nazioni civili*.

In primo luogo, bisogna considerare che la loro *generalità* non va vagliata rispetto alle soluzioni concrete, ma ai criteri che le determinano⁸⁶, scongiurando il rischio che «l'invocazione [...costituisca] più che altro un *espediente argomentativo per giustificare l'elaborazione di norme da parte dei giudici sulla base di modelli normativi propri di alcuni ordinamenti nazionali ad essi familiari*»⁸⁷.

Successivamente, va osservato che il riferimento testuale al «riconoscimento» presuppone una pronuncia priva di portata innovativa⁸⁸, mentre quello alle nazioni «civili» non può realisticamente attagliarsi a tutti i sistemi giuridici del mondo, quantomeno rispetto all'attività della C.I.G. *Ad impossibilia nemo tenetur*⁸⁹!

indipendentemente dalla formulazione espressamente impiegata per consentirne l'applicazione»; T. SCOVAZZI, *op. cit.*, 168.

⁸⁶ G. GAJA, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, cit.: «È vero che non è raro il caso in cui, nonostante la diversità di contenuto fra le norme, si raggiungono in una pluralità di ordinamenti soluzioni identiche ma nel riferimento ai principi generali vengono in considerazione non tanto le soluzioni concrete quanto i criteri che le determinano. Elementi comuni ad una pluralità di ordinamenti sono normalmente riscontrabili soltanto se ci si ferma a constatazioni di ordine molto generale [...]», 1 vers. *online*.

⁸⁷ E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 134, corsivo nostro.

⁸⁸ Cfr. G. GAJA, *op. cit.*, 4 vers. *online*. V. *supra* la nota 66 per tesi sulla natura dispositiva della sentenza di G. MORELLI.

⁸⁹ In questo senso v. G. GAJA, *op. cit.*, 3 vers. *online*, che propone di esaminare l'atteggiamento degli Stati «rappresentativi delle varie concezioni (se si vuole, «civiltà») giuridiche». Analogamente A. PELLET, sub *art. 38*, in AA. VV., *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*², a cura di A. ZIMERMANN – C. TOMUSCHAT – K. OELLERS-FRAHM – C. J. TAMS e l'assistenza di M. KASHGAR – D. DIEHL, Oxford, 2012, 731 ss., 837: «in astratto potrebbe sembrare che sia essenziale il ricorso al diritto comparato; ma così non è e un tale requisito sarebbe irrealistico: il materiale è difficilmente a disposizione delle parti e dei giudici che, inoltre, sono giuristi formati sul diritto internazionale (o nazionale) e che, con tutto il dovuto rispetto, di solito sono difficilmente dei comparatisti. Ad ogni modo ciò non sarebbe necessario: *tutti i moderni ordinamenti domestici possono essere riuniti in poche famiglie o sistemi di diritto [...]*», corsivo nostro. Questa interpretazione è avallata dalla lettura dell'art. 9 ST. C.I.G. che, in materia di elezione dei giudici, si riferisce alle «grandi forme di civiltà ed [a]i principali sistemi giuridici del mondo» e permette altresì di estendere, come stiamo per vedere, il novero delle nazioni considerate civili: in questo senso v. anche F. SALERNO, *op. cit.*, 7 vers. *online*.

Diversamente la Corte E.D.U., essendo la Convenzione uno strumento regionale di protezione dei diritti umani, potrebbe appellarsi – vista la genericità della formula – “solo” agli ordinamenti dei (quarantasette) paesi aderenti al Consiglio d’Europa e dare, a prescindere dal merito della soluzione, una legittimazione “politica” forte (in quanto comune) alla decisione; cosa che – ci pare – non avverrebbe qualora i principi invocati, specie se in funzione incriminatrice, si riscontrassero anche *aliunde* (vale a dire presso ordinamenti non vincolati dalla C.E.D.U.). Beninteso, la *littera legis* è comunque criticabile, giacché sembra postulare *a contrario* e in una prospettiva eurocentrica l’esistenza di nazioni *incivili*⁹⁰. Non è casuale che l’art. 15 § 2 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici parli di «comunità delle nazioni», l’art. 49 § 2 C.D.F.U.E. di «tutte le nazioni» e l’art. 21 § 1 lett. c) ST. C.P.I. di «sistemi giuridici del mondo».

Eppure, come nota CONFORTI, bisogna accordarsi sulla nozione di civiltà, visto che «Stati incivili (che torturano, o commettono altre gravi violazioni dei diritti umani) esistono anche oggi»⁹¹.

Le superiori considerazioni ci permettono di tracciare una prima sintesi: i *principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili* si

⁹⁰ Si pensi all’opinione individuale del giudice libanese F. AMMOUN annessa alla sentenza 20 febbraio 1969 della C.I.G. sulla *Delimitazione della piattaforma continentale nel Mare del Nord* (Repubblica Federale di Germania c. Danimarca; Repubblica Federale di Germania c. Paesi Bassi), in www.icj-cij.org, secondo cui l’espressione «nazioni civili» ha una valenza colonialista e, pertanto, discriminatoria verso i paesi che non rientrano tra quelli (europei e nordamericani) cui si deve la formazione di gran parte del diritto internazionale contemporaneo ed è in contrasto con la Carta delle Nazioni Unite che prevedono l’uguaglianza sovrana di tutti gli Stati membri. La proposta era allora quella di intendere la formula, in attesa di una revisione dello Statuto, come principi generali del diritto «riconosciuti dalle nazioni» oppure «dai sistemi giuridici nazionali» o, più semplicemente, «principi generali del diritto» *tout court*.

Cfr. altresì G. GAJA, *op. cit.*, *sub* nt. 12 (p. 6 della vers. *online*), che ricorda come, nelle risposte di alcuni Stati ad un questionario preparato dal Segretariato generale delle Nazioni Unite, in cui si era invitati a presentare osservazioni sulla «law applied by the Court», Guatemala e Messico si espressero a favore della soppressione del riferimento alle «nazioni civili» (*United Nations General Assembly, Review of the Role of the International Court of Justice (Report of the Secretary-General)*, 15 settembre 1971, doc. A/8382, 23 ss.); tuttavia, in un secondo momento la richiesta non venne reiterata.

⁹¹ B. CONFORTI, *op. cit.*, 51. Secondo C. FOCARELLI, *Trattato*, cit., 319, che comunque aderisce alla tesi indicata nel testo, il mancato riferimento alle *civilized nations/nations civilisées* può non collocarsi necessariamente nell’ambito del *politically correct*, ma trovare piuttosto causa nel rilievo per cui i trattati che usano la formula in esame fissano *standard* di civiltà e giustizia molto elevati e condivisi.

configurano come uno strumento sussidiario, residuale e integrativo di decisione delle liti⁹², ispirato al comune senso di giustizia, ma che trova pur sempre presa negli ordinamenti statali di diritto positivo (nel senso di *ius positum* e in opposizione allo *ius naturale*)⁹³.

Per avere una visione precisa rispetto al diritto penale, non resta che esaminarne l'applicazione nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali.

4. (Segue): la prassi dei Tribunali penali internazionali. Premessa.

I *principi generali* – conviene ribadirlo – svolgono primariamente una funzione di riempimento (*gap filling*)⁹⁴, intervenendo in ambiti del diritto internazionale non ancora compiutamente sviluppati.

È chiaro che l'incremento dell'uso da parte degli Stati delle fonti pattizie per gestire i propri interessi ovvero la formazione di norme consuetudinarie, corrispondenti ai principi domestici⁹⁵, abbia fatto scemare l'esigenza di ricorrervi⁹⁶.

In questo panorama, però, la giustizia penale internazionale è una curiosa eccezione. Infatti, la novità rappresentata dall'*International Criminal Law*⁹⁷ ha scongiurato il rischio di obsolescenza, fornendo strumenti utili per saggiare la portata e consistenza della fonte in esame e i suoi risvolti sul piano delle garanzie individuali.

Il quadro, tuttavia, non è meno caotico di quello prima dipinto e necessita di una notazione preliminare.

⁹² In questo senso anche F. SALERNO, *op cit.*, 9 ss. versione *online*.

⁹³ A. TANZI, *op. cit.*, 121 parla di *diritto positivo internazionale non scritto*, a prescindere dalla sua specifica qualificazione. Che non si tratti di principi squisitamente meta-giuridici/etici lo dimostra il fatto che questi ultimi sono contemplati dall'art. 38 § 2 ST. C.I.G. («[l]a presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono»).

⁹⁴ N. JAIN, *General Principles of Law as Gap-Fillers*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 111 ss.

⁹⁵ I principi generali infatti sono da taluno considerati prodromici rispetto alla formazione delle fonti consuetudinarie in senso stretto, v. E. BLEICHRODT, *No punishment without law*, *cit.*, 665.

⁹⁶ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, *cit.*, 331. F. RAIMONDO, *op. cit.*, 193 parla provocatoriamente di «fonte dormiente del diritto internazionale». Per una panoramica della prassi della C.P.G.I. e della C.I.G. v. M. C. BASSIOUNI, *A functional approach*, *cit.*, 787-799; C. FOCARELLI, *op. cit.*, 319-322; R. LUZZATTO, *op. cit.*, 79-80.

⁹⁷ V. *supra* CAP. I, in part. § 4.2.

Se nel diritto internazionale sussiste una distinzione – per taluni non così netta, come abbiamo avuto modo di apprezzare – tra principi generali del diritto mutuati dai sistemi domestici e principi generali del diritto internazionale, nello specifico settore al nostro vaglio la dottrina ha effettuato una tripartizione tra (a) *principi generali di diritto internazionale*, (b) *principi generali di diritto internazionale penale* e (c) *principi generali del diritto penale riconosciuti dalla comunità degli Stati*⁹⁸.

Sui primi, che abbiamo già incontrato, *nulla quaestio*: si tratta di «un processo di generalizzazione-induzione condotto a partire dalle caratteristiche principali proprie dell'ordinamento giuridico internazionale nel suo complesso»⁹⁹.

I secondi «includono i principi generali tipici del diritto penale, come il principio di legalità e di tassatività, il principio della presunzione di innocenza, il principio di parità delle parti processuali e, più in generale, del c.d. “giusto processo”», cui si è giunti «attraverso la [...] graduale trasposizione, nel tempo, dai sistemi giuridici nazionali all'ordinamento internazionale»¹⁰⁰.

Gli ultimi derivano – ormai è chiaro – da un'analisi comparatistica condotta a partire dai sistemi giuridici nazionali.

Ora, se la distinzione tra (a) e (c) è chiara, lo stesso non può dirsi di (b). Piuttosto che categoria a sé stante, i *principi generali di diritto internazionale penale* sembrano ricadere ora in (a) ora in (c); salvo che si faccia riposare la pretesa autonomia - *a parità di fonte*, cioè *i sistemi giuridici nazionali* – sul grado di generalità, maggiore per i principi generali di diritto internazionale penale, che attengono a ogni processo penale, e minore per i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili che, traendo ispirazione dai primi, disciplinerebbero regole più specifiche...ma pur sempre generali¹⁰¹!

Ad ogni modo, per ragioni di semplicità nel prosieguo parleremo di principi nel senso *sub c)*, avendo cura di specificare ove necessario l'etichetta formale impiegata dall'organo decidente.

Ciò premesso, al fine di comprendere le funzioni svolte da questa fonte nella materia penale internazionale, si può passare all'analisi delle

⁹⁸ A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 36-42. La distinzione si trova anche nella sent. *Furundžija*, TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX-JUGOSLAVIA (TPIJ), Camera di prima istanza, 10 dicembre 1998, §§ 177-182, su cui v. *infra* § 4.1.3.

⁹⁹ A. CASSESE, *op. ult. cit.*, 36.

¹⁰⁰ A. CASSESE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Per questa interpretazione ortopedica v. D. AKANDE, *Sources of International Criminal Law*, in AA. VV., *The Oxford companion to International Criminal Justice*, a cura di A. CASSESE, Oxford, 2009, 42 ss., 52.

decisioni in cui essa è venuta in rilievo¹⁰². In questo contesto, particolare attenzione verrà riservata alle pronunce più significative del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (in seguito, semplicemente, T.P.I.J.) e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (T.P.I.R.)¹⁰³.

Formeranno oggetto d'indagine gli aspetti sostanziali delle *vicende processuali*¹⁰⁴, cioè quelli che sembrano chiamati in causa dall'art. 7 § 2 C.E.D.U.

4.1. (Segue): il T.P.I.J. Fondamento e giurisdizione.

Il T.P.I.J. è stato istituito con risoluzione del Consiglio di Sicurezza (CS) delle Nazioni Unite del 25 maggio 1993, n. 827 al fine di processare e punire i responsabili delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario verificatesi nel territorio della ex Jugoslavia a partire dal 1991. La base giuridica è il CAP. VII della CARTA delle NAZIONI UNITE, e precisamente l'ART. 39, alla cui stregua il CS, una volta accertata «l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione

¹⁰² Utili, in questo senso, A. CALIGIURI, *La ricostruzione di principi generali del diritto da parte dei Tribunali penali internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2007, 1079 ss.; F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, cit., 84 ss. e il volume AA. VV., *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, a cura di M. DELMAS-MARTY – E. FRONZA – E. LAMBERT-ABDELGAWAD, Parigi, 2005, in part. – oltre a un contributo dello stesso F. RAIMONDO, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc: une approche fonctionnelle*, *ivi*, 75 ss. – R. O' KEEFE, *Recourse by the ad hoc Tribunals to general principles of law and to human rights law*, *ivi*, 297 ss.

¹⁰³ L'analisi sarà deliberatamente circoscritta alla giurisprudenza dei cc.dd. Tribunali *ad hoc* per l'apporto interpretativo-metodologico e creativo da essi fornito al diritto penale internazionale, sebbene la loro attività sia oggi in via di esaurimento (*completion strategy*). Rimarrà pertanto estranea alla nostra visuale la giurisprudenza dei cc. dd. Tribunali Misti, *i.e.* quelli (cfr. la Corte Speciale per la Sierra Leone; la Corte Speciale per il Timor Est; le Camere straordinarie delle Corti in Cambogia e in Senegal) con composizione, procedura e regole sostanziali speciali (perché, *e.g.*, tenute ad applicare – come il Tribunale speciale per il Libano – il diritto penale interno). Sul ruolo dei *principi generali* nello ST. C.P.I. v., invece, *infra*, § 5.

¹⁰⁴ Ragioni di organicità ci suggeriscono di rinunciare all'esposizione cronologica delle decisioni (ammissibilità, primo grado, appello *etc.*). Parleremo pertanto delle *vicende* relative allo/agli imputato/imputati, raggruppando in questo modo gli stati e i gradi del procedimento.

della pace, o di un atto di aggressione, e fa raccomandazioni o decide quali misure debbano essere prese in conformità agli articoli 41 e 42 per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale».

La conseguenza – comune al T.P.I.R. che condivide il medesimo fondamento¹⁰⁵ – è che lo Statuto vincola tutti gli Stati membri dell'O.N.U. e non, come invece accade per la C.P.I. (il cui atto istitutivo va ricondotto nell'alveo dei trattati multilaterali) semplicemente i paesi firmatari.

Sono quattro le categorie di crimini che rientrano nella giurisdizione del T.P.I.J.: gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949¹⁰⁶ (art. 2); violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra (art. 3)¹⁰⁷; genocidio (art.4)¹⁰⁸; crimini contro l'umanità (art. 5)¹⁰⁹.

Sulla scorta del processo di Norimberga, l'art. 7 prevede la responsabilità individuale per chi abbia «progettato, istigato, ordinato,

¹⁰⁵Il T.P.I.R. è stato creato infatti sempre *ex CAP. VII Carta N.U.* e precisamente con Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'8 novembre 1994, n. 995.

¹⁰⁶ Una traduzione italiana dello Statuto è reperibile all'indirizzo <http://www.studiperlapace.it>.

¹⁰⁷ «Tali violazioni» continua l'art. 3 «includono i seguenti comportamenti - senza peraltro limitarsi ad essi soltanto: *a*) impiego di armi tossiche o di altre armi predisposte per causare sofferenze non necessarie; *b*) distruzione arbitraria di città, paesi o villaggi, o devastazione non giustificata da esigenze belliche; *c*) attacco o bombardamento, con qualsiasi mezzo, di paesi, villaggi, abitazioni o edifici indifesi; *d*) sequestro, distruzione o danneggiamento deliberato di edifici dedicati al culto, all'assistenza, all'educazione, alle arti o alle scienze, di monumenti storici e opere d'arte o di scienza; *e*) saccheggio di proprietà pubbliche o private».

¹⁰⁸ «[c]osì come definito nel paragrafo 2 di questo articolo o che abbiano commesso uno qualunque degli atti elencati nel paragrafo 3 di questo stesso articolo.

2. I seguenti atti sono considerati atti di genocidio quando siano commessi con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale: *a*) uccidere membri del gruppo; *b*) causare gravi danni fisici o mentali ai membri del gruppo; *c*) infliggere deliberatamente al gruppo condizioni di vita intese a causare la sua distruzione fisica, parziale o totale; *d*) imporre misure intese a impedire le nascite all'interno del gruppo; *e*) trasferire forzatamente bambini del gruppo presso un altro gruppo.

3. Saranno punite le seguenti condotte: *a*) genocidio; *b*) cospirazione al fine di commettere genocidio; *c*) diretto e pubblico incitamento a commettere genocidio; *d*) tentativo di genocidio; *e*) complicità in genocidio».

¹⁰⁹ «Il Tribunale internazionale potrà perseguire le persone responsabili dei seguenti crimini quando siano commessi nel corso di conflitti armati, di carattere internazionale o interno, e diretti contro una popolazione civile: *a*) assassinio; *b*) sterminio; *c*) riduzione in schiavitù; *d*) deportazione; *e*) incarcerazione; *f*) tortura; *g*) stupro; *h*) persecuzione per motivi politici, razziali, religiosi; *i*) altri atti contrari al senso di umanità».

commesso o in qualunque modo abbia aiutato e incoraggiato a progettare, preparare o eseguire» (§ 1); afferma *lato sensu* la punibilità di chi riveste posizioni apicali nell'organizzazione statale (§ 2); impone ai superiori gerarchici a conoscenza (anche in forma potenziale) di fatti di reato (anche nella forma tentata) dei subordinati di prendere le misure ragionevoli e necessarie per impedirli e ciò al fine di andare esenti da responsabilità (§ 3); attribuisce efficacia attenuante, «se il Tribunale internazionale ritiene che così richieda l'equità», all'adempimento di un ordine illegittimo (§ 4).

Il profilo delle *defences*, che scegliamo di tradurre – sulla falsariga del codice penale italiano – con la nozione-ricettacolo di «causa di non punibilità» è stato affidato, in via pretoria, ai *principi generali del diritto* i quali, a rigore, vengono esplicitamente menzionati rispetto a istituti diversi.

Si tratta dell'art. 28 rubricato «[g]razia e commutazione della pena»: «[s]e, in base alla legge dello Stato in cui la pena viene scontata, la persona detenuta può godere di una grazia o della commutazione della pena, lo Stato interessato notificherà la circostanza al Tribunale internazionale. Il presidente del Tribunale internazionale, consultandosi con i giudici, decide in merito, tenendo presenti gli interessi della giustizia e sulla base dei *principi generali del diritto*»; e dell'art. 89 lett. B) delle *Rules of Procedure and Evidence* (RPE): «se non diversamente previsto da questo Capo, una Camera applicherà le regole probatorie che favoriscano la migliore definizione della materia in esame e che sono in armonia con lo spirito dello Statuto e con *i principi generali del diritto*»¹¹⁰.

4.1.1. (Segue): *il T.P.I.J. La vicenda Tadić.*

La prima vicenda a venire cronologicamente in rilievo è quella che vede imputato Duško Tadić, capo del Partito Democratico Serbo nella città di Kozarac, ritenuto colpevole di crimini contro l'umanità e di guerra e condannato, infine, alla pena di venti anni di reclusione. In qualità di membro della forza paramilitare che aveva assaltato la municipalità di Prijedor, egli aveva torturato, ucciso e abusato

¹¹⁰ Trad. nostra. Il testo aggiornato delle RPE è consultabile all'indirizzo: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev_50_en.pdf. Le RPE sono state emendate più volte, a mano a mano che la giurisprudenza del Tribunale si consolidava.

sessualmente della popolazione civile non serba, detenendola altresì nei campi di Omarska, Tronopolje e Keratem.

I *principi generali del diritto* vengono qui in evidenza vuoi rispetto a istituti processuali¹¹¹, vuoi in relazione a uno dei capisaldi del diritto penale moderno: la personalità della responsabilità.

Nella specie, i giudici hanno discusso della (in)esistenza di una *doctrine of common criminal purpose* o *Joint Criminal Enterprise* (J.C.E.) generalmente riconosciuta dalle nazioni civili.

La questione si era posta nell'ambito dell'esecuzione di un piano criminoso comune e riguardava, precisamente, la possibilità che l'imputato venisse ritenuto responsabile della morte di cinque civili, sebbene mancasse la prova della *materiale* uccisione, ma fosse stato piuttosto accertato che, nel villaggio di Jaskici, Tadić aveva compiuto "solo" atti di percosse e rimozione forzata¹¹².

La Camera d'appello premette che il principio *nulla poena sine culpa* richiede un coefficiente di imputazione personale¹¹³ e ne ravvisa il fondamento nelle Costituzioni¹¹⁴ e nelle leggi nazionali¹¹⁵, nonché nell'art. 7 § 1 del suo Statuto, che quindi lo codifica espressamente.

Successivamente si chiede se la responsabilità concorsuale ricada nello spettro applicativo della disposizione appena richiamata, concludendo

¹¹¹ Si tratta delle decisioni: *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, Camera d'app., 2 ottobre 1995, sulla sussistenza della giurisdizione in capo al Tribunale; *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on the Principle of Non Bis in Idem*, Case No. IT-94-1-T, T. Camera. II, 14 novembre 1995, su *ne bis in idem*; *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Case No. IT-94-1-T, T. Camera II, 7 maggio 1997, sul principio *unus testis, nullus testis*, tutte reperibili all'indirizzo www.icty.org.

¹¹² *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, Case No. IT-94-1-A, Camera d'app., 15 luglio 1999, in www.icty.org. La Declaration del Giudice Nieto-Navia, allegata a questa pronuncia, si sofferma poi sul *ne bis in idem* come principio generale del diritto.

¹¹³ *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, cit., § 186: «l'assunzione di base deve essere quella che nel diritto internazionale e nei sistemi nazionali, il fondamento della responsabilità penale è il principio di responsabilità personale: nessuno può essere ritenuto penalmente responsabile per atti o operazioni in cui non è stato personalmente coinvolto e ha in qualche modo partecipato (*nulla poena sine culpa*)», trad. nostra.

¹¹⁴ La nota 228 della sent. prende ad esempio la Costituzione italiana: «[a]n example is provided by Article 27 para. 1 of the Italian Constitution ("La responsabilità penale è personale." ("Criminal responsibility is personal.")).»

¹¹⁵ Alla nota 229 della sent. si legge: «[a]rticle 121-1 of the French *Code pénal* ("Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait"), para. 4 of the Austrian *Strafgesetzbuch* ("Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt" ("Only he who is culpable may be punished")) (unofficial translation))».

che «sia dalla formulazione letterale dell'art. 7 (1), che dalle disposizioni sui crimini oggetto di giurisdizione (art. da 2 a 5), siffatta responsabilità per serie violazioni del diritto internazionale umanitario non è limitata soltanto a coloro che realizzino effettivamente l'*actus reus* dei summenzionati crimini, ma appare applicarsi anche ad altri partecipi (si veda in particolare l'art. 2, che fa riferimento alla commissione o all'*ordine di* commettere gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra e l'art. 4 che contempla varie forme di manifestazione del genocidio, inclusi *cospirazione, incitamento, tentativo e complicità*)»¹¹⁶.

Per i giudici, da ciò consegue che la responsabilità sussiste quando più persone, accomunate da un proposito criminoso condiviso, intraprendano un'attività criminale realizzata o congiuntamente o solo da alcuni membri della consorteria: in questi casi ciascuno risponderà come *co-autore* anche se non ha materialmente commesso il reato.

È vero che sul punto lo Statuto non specifica né l'elemento oggettivo, né quello soggettivo¹¹⁷, tuttavia, secondo la Corte, il fondamento del paradigma di imputazione va ravvisato nel diritto consuetudinario formatosi nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale; diritto che, in quanto generale, trova applicazione *de plano*¹¹⁸.

La funzione dei principi in questo caso si apprezza *a contrario*, vale a dire sotto il profilo argomentativo, a cui gli stessi avrebbero potuto contribuire.

¹¹⁶ *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, Case No. IT-94-1-A, Camera d'app., 15 luglio 1999, § 189, corsivi nel testo, trad. nostra.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, cit., § 194.

¹¹⁸ Alla base della *doctrine of common criminal purpose* il Tribunale pone alcuni precedenti giudiziari [v., e.g., §§ 197 (caso *Georg Otto Sandrock et al.*, anche conosciuto come *processo Almelo*, in cui si era ravvisato in capo agli imputati il dolo di omicidio, sebbene ognuno avesse ricoperto nei fatti un ruolo diverso), 199 (*Processo di Feurstein et al.*, anche conosciuto come *caso Ponzano*, dove si afferma che coinvolgimento nella commissione di un reato significa anche solo essere un ingranaggio della serie causale che ha portato all'evento, ferma restando la conoscenza del fine ultimo della consorteria criminale; conoscenza ritenuta requisito necessario anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana sui fatti commessi nella Repubblica di Salò, in cui si richiede – v., e.g., caso *D'Ottavio et al.* citato al § 215 – la previsione del possibile epilogo più grave, nella specie un omicidio preterintenzionale) *etc.*] e due trattati internazionali [*i.e.* la *Convenzione internazionale per la soppressione dei bombardamenti terroristici* del 15 dicembre 1997, art. 2(3)(c), e lo *Statuto della Corte penale internazionale*, art. 25 § 3 (c), al tempo della sentenza non ancora vincolante].

I giudici vi ricorrono per tentare di dimostrare che la nozione di *proposito comune* – radicata, lo ribadiamo, nel diritto internazionale¹¹⁹ – «trova sostegno in molti sistemi nazionali». Sennonché, la legislazione e la giurisprudenza nazionale non possono ritenersi fonti del diritto internazionale in base alla dottrina dei *principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni del mondo*, perché «sarebbe necessario che la maggior parte, se non tutti, i maggiori sistemi giuridici [...] impiegassero il medesimo approccio al concetto[, ma] così non è [...]»¹²⁰.

Così il Tribunale sembra dapprima fissare uno *standard* molto elevato [«la maggior parte, *se non tutti*» (de)gli Stati] perché siano integrati gli estremi di cui all'art. 38 § 1 lett. c), ma immediatamente dopo finisce per sostenere che «ad ogni modo, i *maggiori* sistemi legali del mondo dovrebbero tenere lo stesso approccio alla nozione»¹²¹. Più che un metro di ricognizione, allora, il riferimento a *tutti* gli Stati si atteggia ad «espediente retorico» per chiarire l'assenza di un principio generale¹²². Infatti, non viene passata in rassegna la totalità degli ordinamenti nazionali, ma solo alcuni dei sistemi di *Common e Civil Law*¹²³.

¹¹⁹ Secondo la Camera d'appello, questa forma di responsabilità è caratterizzata, sul piano oggettivo, dalla *pluralità di persone*, dall'*esistenza di un common plan condiviso* (non necessariamente previo né integralmente illecito) e da un *contributo qualsiasi*, anche privo di efficacia eziologica (*Prosecutor v. Tadić, Judgment, cit.*, § 229); requisito, quest'ultimo, che nelle pronunce più recenti è stato invece inteso come *contributo significativo* (v., e.g., *Prosecutor v. Sainović et al.*, IT-05-87-A, *Appeal Judgement*, Camera d'app., 23 gennaio 2014, § 988, in *www.icty.org*). Sotto il profilo soggettivo, essa distingue tre categorie di *Joint Criminal Enterprise*: la J.C.E. I si caratterizza per il dolo internazionale (*purpose*); la J.C.E. II, relativa ai sistemi criminali organizzati, per l'aver aderito al piano comune (essa viene in rilievo nei *casi dei campi di concentramento*, ove partecipare al funzionamento del campo, implica l'addebito per gli eventi lesivi verificatisi); la J.C.E. III, rilevante proprio nel caso di specie, si accontenta invece di imputare il fatto di reato se esso, pur non materialmente realizzato (l'uccisione di cinque civili), era sviluppo logicamente prevedibile di quello *ab origine* pianificato (la deportazione) – nella specie il T.P.I.J. parla di accettazione del rischio. Sulla diversa dottrina del *Joint control over the crime* nello ST. e nella giurisprudenza della C.P.I. v. M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, 101-106.

¹²⁰ *Prosecutor v. Tadić, Judgment, cit.*, § 225.

¹²¹ *Prosecutor v. Tadić, Judgment, cit.*, § 225, corsivi nostri.

¹²² F. RAIMONDO, *op. cit.*, 117.

¹²³ *Prosecutor v. Tadić, Judgment, cit.*, § 224 prende in considerazione, quanto al primo gruppo, le norme incriminatrici di Inghilterra, Galles, Canada, Usa, Australia e Zambia; quanto alla seconda famiglia quelle di Germania, Paesi Bassi, Francia e Italia.

Dobbiamo concludere che laddove, invece, fosse esistito un *principio generale* la forza persuasiva della pronuncia sarebbe aumentata.

4.1.2. (Segue): *il T.P.I.J. La vicenda Erdemović.*

Dražen Erdemović era un soldato del decimo distaccamento dell'esercito serbo-bosniaco, arrestato nel 1996 e accusato di crimini contro l'umanità o, alternativamente, di omicidio – imputazione quest'ultima poi modificata in crimini di guerra – per avere ucciso centinaia di musulmani di Bosnia provenienti dall'enclave di Srebrenica. Fu il primo a dichiararsi colpevole, fornendo dati utili per la ricostruzione del massacro.

Nella *vicenda* Erdemović i principi generali del diritto sono utilizzati (a) per verificare quale sia, nel contesto delle violazioni del diritto internazionale umanitario, l'efficacia (scriminante o attenuante) della *duress* («stato di necessità»)¹²⁴; (b) per determinare il termine massimo di durata della pena detentiva per crimini contro l'umanità.

A) Quanto al primo profilo, la *Trial Chamber* nota che «la *defence* dell'obbedienza a un ordine superiore è espressamente contemplata dall'art. 7(4) dello Statuto», mentre «manca ogni riferimento alla *duress* fisica e morale accompagnata dall'ordine del superiore gerarchico (a volte indicata come “estrema necessità”), che è stata invocata nel caso di specie»¹²⁵.

Occorre quindi fare riferimento a fonti esterne.

In particolare, secondo la giurisprudenza militare immediatamente successiva alla seconda guerra mondiale vi erano condizioni molto stringenti per invocare lo stato di necessità «*as [...] a complete defence*»¹²⁶: la sicura esistenza di un ordine superiore, le circostanze relative alle modalità in cui l'ordine è impartito e ricevuto. Parallelamente la Corte deve accertare se l'imputato non avesse il dovere di disobbedire, nonché se avesse la scelta morale di farlo o quantomeno di provarci; lo strumento è ancora una volta quello dei «principi generali del diritto espressi in numerose leggi e sentenze

¹²⁴ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, Case No. IT-96-22-T, T. Camera I, 29 novembre 1996, in www.icty.org. Sul tema v. E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 237 ss., spec. 246 ss.; ID., *Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

¹²⁵ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., §§ 15-16.

¹²⁶ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., §§ 17-18.

domestiche». Sennonché, a parte il rilievo secondo cui fonte dei principi può essere anche il *case-law*, l'unico esempio fornito è quello dell'art. 122-7 del c.p. francese: «non è penalmente responsabile colui che, dinnanzi a un pericolo attuale o imminente che minaccia sé, altri o un bene realizza un atto necessario alla salvaguardia della persona o di un bene, sempre che vi sia proporzione tra i mezzi impiegati e la gravità della minaccia»¹²⁷.

La conclusione è che «non è stata fornita la prova delle specifiche circostanze idonee a esonerare l'imputato da responsabilità»¹²⁸. Eppure si deve dubitare della correttezza del metodo: esso, prescindendo da una effettiva comparazione (affermata in astratto), non valorizza *de facto* un istituto – *i.e.* i principi generali – che nel caso di specie avrebbe potuto avere *lato sensu* effetti favorevoli¹²⁹.

Insomma, la pronuncia si segnala per il *ruolo* (*integrativo*, ma anche) potenzialmente *costitutivo* svolto dai *general principles*: essendo stato il capo di imputazione formulato alternativamente, riconoscere alla *duress* efficacia diminuyente o liberatoria non è certo indifferente in punto di responsabilità.

Più rigorosa riguardo ai profili ricognitivi della nostra fonte è la sentenza di appello, che – sia ricordato *per incidens* – riduce la pena, attribuendo allo stato di necessità effetti attenuanti¹³⁰.

¹²⁷ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 19, nota 13, trad. nostra.

¹²⁸ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 20, trad. nostra.

¹²⁹ La difficoltà della Corte si percepisce anche dalla circostanza che, immediatamente dopo il richiamo al raffronto comparatistico, sente il bisogno di «chiarire, attraverso la sua illimitata discrezionalità, che l'ambito della sua giurisdizione le impone di giudicare le più gravi violazioni del diritto internazionale umanitario» [...] la vita dell'imputato e quella della vittima non sono completamente equivalenti. A differenza della legge "ordinaria", la violazione qui perpetrata non offende il benessere fisico di un singolo, ma dell'umanità nella sua interezza», *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 19, trad. nostra.

¹³⁰ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment*, Case No. IT-96-22-A, Camera d'appello, 7 ottobre 1997, cit., in www.icty.org, per una disamina approfondita degli approdi della sentenza, ivi incluso l'esame della *dissenting opinion* del giudice A. CASSESE, v. E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, 236-241.

Ai nostri fini è interessante il confronto tra la *Joint Separate Opinion* dei giudici McDONALD e VOHRAH¹³¹ e la *Separate and Dissenting Opinion* del giudice STEPHEN¹³².

I primi due, rilevata – come in primo grado – l’assenza di una norma consuetudinaria in materia, ricercano la soluzione nell’art. 38 § 1 lett. c) St. C.I.G. e giungono a ritenere che le “nazioni civili” concepiscono la *duress* come fattore di mitigazione della pena.

La loro analisi è rigorosa, perché distingue tra sistemi di *Civil law*¹³³, di *Common Law*¹³⁴ e *diritto penale di altri Stati*¹³⁵, includendo altresì la prassi e la dottrina: è – senza timore di smentita – un vero e proprio breviario:

«Un paio di considerazioni influenzano l’analisi dei “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” come fonti del diritto internazionale. Primo, sebbene [essi] devono trarsi dai sistemi giuridici esistenti, in particolare quelli domestici, è opinione comune che la distillazione di un “principio generale riconosciuto [...]” non richiede il vaglio onnicomprensivo di tutti i sistemi legali del mondo, giacché ciò sarebbe praticamente impossibile e non è mai stato fatto nella prassi [...]. Secondo, per eminenti giuristi, incluso il barone Descamps, presidente dell’*Advisory Committee* dei Giuristi sull’art. 38 § 1 lett. c), uno degli obiettivi dell’articolo è evitare il *non-liquet*, che si verifica quando un tribunale internazionale è bloccato dall’assenza di una regola applicabile. Terzo, un principio generale non va confuso con la concreta manifestazione che ha in regole specifiche [...]. Alla luce di queste considerazioni, il nostro approccio non coinvolgerà necessariamente una comparazione diretta delle regole specifiche di ciascun ordinamento giuridico del mondo, ma si limiterà invece a un sondaggio

¹³¹ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Case No. IT-96-22-A, Camera d’app., 7 ottobre 1997, in www.icty.org.

¹³² *Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen*, Case No. IT-96-22-A, Camera d’app., 7 ottobre 1997, in www.icty.org.

¹³³ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, cit., § 59: Francia, Belgio, Olanda, Spagna, Germania, Italia, Norvegia, Svezia, Finlandia, Venezuela, Brasile, Nicaragua, Cile, Panama, Messico, l’ex Jugoslavia e la Polonia.

¹³⁴ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, cit., § 60: Inghilterra, U.S.A., Australia, Canada, Sud Africa, India, Malesia e Nigeria.

¹³⁵ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, cit., § 61: Giappone, Cina, Marocco, Somalia e Etiopia.

delle giurisdizioni la cui giurisprudenza, in effetti, è a noi accessibile, in uno sforzo di individuare andamenti, politiche[-criminali] o principi generali sottostanti alle regole specifiche di quella giurisdizione»¹³⁶.

Il secondo, al contrario, rileva come nei sistemi di *Common law* esaminati dai colleghi la *duress* ha efficacia liberatoria, salvo il caso di omicidio, ma, a suo giudizio, questa *ipotesi eccezionale* va tenuta separata da quella in cui l'imputato non può scegliere tra vivere o uccidere l'altro, la sua resistenza comportando, piuttosto, la propria morte *insieme a* quella delle vittime designate: «[q]uando la resistenza alla minaccia non produrrebbe alcun risultato positivo, ma darebbe solo al soggetto la certezza della propria morte, l'applicazione della *defence* di *duress* non dovrebbe esclusa *a priori*»¹³⁷.

Ad ogni modo, se non ci fosse questa eccezione – segnala STEPHEN – la *duress* avrebbe efficacia liberatoria non solo alla luce dei sistemi di *civil law*, ma anche – è questo il punto – «per una questione basilare di giustizia»¹³⁸.

Ci pare allora che le *opinions* segnalino efficacemente l'anima composita dei *principi generali*, sospesa tra equità/razionalità e positività.

B) Quanto al secondo profilo (fissazione del limite massimo di pena detentiva), il caso Erdemović mette in luce la funzione eventualmente *in malam partem* dei *general principles*.

Né lo Statuto né le RPE del tempo fornivano indicazioni sulla durata della pena privativa della libertà personale, salvo rinviare alla prassi delle corti della ex Jugoslavia¹³⁹.

Per questo motivo il Tribunale decide impiegare i principi generali, pervenendo alla conclusione che:

«c'è un principio generale di diritto comune a tutte le nazioni in base al quale, con riferimento ai crimini contro l'umanità, gli Stati applicano le sanzioni più severe. Nel diritto internazionale esiste dunque uno *standard* secondo cui, in assenza di circostanze attenuanti, un crimine

¹³⁶ *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, cit., § 57, trad. nostra.

¹³⁷ Così, chiaramente E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI ET. AL., *op. cit.*, 240.

¹³⁸ *Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen*, cit., § 26: «*as a matter of simple justice*».

¹³⁹ Il rinvio era effettuato dall'art. 24 § 1 St. che limita la sanzione alla carcerazione e impone di «ricorrere alla *general practice* relativa [...applicata] nelle corti dell'ex Jugoslavia» (trad. nostra) e dall'art. 101 (A) RPE nella formulazione allora vigente.

contro l'umanità alla luce della sua estrema gravità merita la sanzione più grave»¹⁴⁰.

Senonché la *Trial Chamber* giunge a questo epilogo senza un'indagine penetrante a carattere comparativo – come vorrebbe la corretta applicazione dell'art. 38 § 1 lett. c) – ma in base a cursori richiami al processo di Norimberga e all'ordinamento della ex Jugoslavia. Rispetto a quest'ultimo, poi, afferma che nel codice penale non sono contemplati i crimini contro l'umanità, ma che può comunque trarsi il principio secondo cui esso «riserva le sue pene più severe ai crimini, incluso il genocidio, affini a quelli contro l'umanità»¹⁴¹; quanto alla giurisprudenza interna, a causa della scarsa accessibilità non è possibile trovare riscontri vincolanti¹⁴².

Insomma, il rinvio che lo Statuto fa alla prassi interna altro non è che la lapalissiana conseguenza del fatto che nella ex Jugoslavia, come negli altri Stati, i crimini più atroci non possono non ricevere la pena più aspra, perciò:

«[q]uando possibile, il Tribunale Internazionale esaminerà la prassi giurisprudenziale rilevante per la ex Jugoslavia, ma non ne sarà in alcun modo obbligato»¹⁴³.

Su queste affermazioni aleggia inevitabilmente lo spettro del principio di legalità.

Il Tribunale non definisce il concetto di *pena più severa*, sebbene la nozione di severità, specie se rapportata all'imputato, sia particolarmente elastica e non possa, a rigore, farsi derivare – senza alcun appiglio formale – dalla consapevolezza dell'estrema criminalità del fatto.

In definitiva, l'imputato è – ci si permetta la provocazione – è in balia dell'organo giudicante; l'unico dato certo è che non si sarebbe potuta comminare la pena di morte, giacché l'art. 24 § 1 ST. fa solo riferimento all'*imprisonment*.

Invero la Corte prospetta l'obiezione del *nullum crimen*, ma la supera rapidamente, citando un precedente olandese alla cui stregua:

¹⁴⁰ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 31, trad. nostra.

¹⁴¹ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 35, trad. nostra.

¹⁴² *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 38: «the Trial Chamber considers that the reference to this practice can be used for guidance, but is not binding».

¹⁴³ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 40.

«[n]on c'è niente di assoluto in questo principio. La sua operatività può essere influenzata da altri principi volti a disciplinare altri importanti interessi di giustizia. Questi ultimi non permettono che violazioni estremamente serie dei principi del diritto internazionale generalmente accettati (il cui carattere criminale era chiaro oltre ogni ragionevole dubbio al tempo di commissione) non siano rese punibili sol perché mancava una previa minaccia di punirli»¹⁴⁴.

Il ricordo del processo di Norimberga è più vivo che mai e l'uso dei principi generali si rivela, almeno in questo caso, una formula vuota dagli effetti *in malam partem*¹⁴⁵.

4.1.3. (Segue): il T.P.I.J. La vicenda Furundžija.

Nell'ultima vicenda processuale che abbiamo selezionato i *principi generali* svolgono apparentemente una funzione (integrativo-) interpretativa in senso stretto.

Anto Furundžija, comandante di un'unità speciale del Concilio di Difesa croato chiamata *Jokers* (letteralmente, i *Burloni*), è condotto in giudizio davanti al T.P.I.J. e condannato, a titolo di *aider e abetter* (compartecipe), per i fatti commessi a Nadioci durante un interrogatorio in danno di alcune donne musulmane bosniache: abusi e violenza sessuale, sofferenze fisiche e psichiche ritenute integranti la fattispecie di tortura¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment*, cit., § 38, trad. nostra; il passo citato dai giudici è tratto da caso *Rauter*, Special Appeals Court, Netherlands, 12 gennaio 1949, in *ILR*, 1949, 542-543.

¹⁴⁵ Critico nei confronti della sentenza è anche W. A. SCHABAS, *War Crimes and Human Rights: essays on the death penalty, justice and accountability*, Londra, 2008, secondo cui essa riflette largamente la filosofia di Norimberga, 292, ed è frutto di una *judicial invention*, 293. Analogamente A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 41: «si può rispettosamente far notare tuttavia che in questo caso il Tribunale ha omesso non solo di indicare le singole legislazioni nazionali su cui ha fatto riferimento, ma anche di specificare se, oltre alla legislazione penale generale, abbia preso in considerazione anche le legislazioni penali speciali su crimini di guerra o su quello di genocidio, per stabilire se queste ultime prevedano pene così severe quanto quelle applicabili ai crimini contro l'umanità».

È il caso di ricordare che l'imputato è stato condannato in primo grado a dieci anni di reclusione; pena ridotta a cinque anni in appello.

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, Case No. 95-17/1-T, *Tr. Chamber*, 10 dicembre 1998, in *www.icty.org*.

In generale, la Camera di prima istanza è stata chiamata a stabilire se nel diritto consuetudinario si potesse rinvenire la definizione di violenza sessuale (stupro) vietata dall'art. 5 lett. g) dello Statuto, in quanto crimine contro l'umanità e, nello specifico, se la penetrazione della bocca da parte dell'organo genitale maschile ne integrasse gli estremi.

La risposta cui la *Trial Chamber* perviene è negativa¹⁴⁷; occorre pertanto rivolgersi altrove.

Un primo appiglio ermeneutico è – per i giudici – la sentenza *Akayesu* del T.P.I.R., ove si afferma che

«come la tortura, lo stupro è usato per intimidire, degradare, umiliare, discriminare, punire, controllare o distruggere una persona. Come la tortura, lo stupro è una violazione della dignità personale e infatti esso equivale a tortura quando viene realizzato da, su istigazione di, con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o di chi ricopre una posizione ufficiale. [...]S]tupro è l'invasione fisica di natura sessuale, commessa da una persona in circostanze coercitive»¹⁴⁸.

Senonché, come si sarà notato, il richiamo non è risolutivo, come pure non sono d'aiuto né (ecco la tripartizione di cui abbiamo parlato *supra*, § 4) i principi generali del diritto penale internazionale, né i principi generali del diritto internazionale.

Per rispettare il *nullum crimen sine lege stricta*, dicono i giudici, dovrà pertanto farsi affidamento ai principi del diritto penale comuni ai maggiori ordinamenti giuridici del mondo, derivati dalla legislazione nazionale¹⁴⁹.

All'esito di questa indagine si evince che *common* e *civil law*, malgrado le discrepanze, definiscono la violenza sessuale come la penetrazione da parte dell'organo genitale maschile, ovvero l'inserzione di ogni altro oggetto nella vagina o nell'ano, contro la volontà della persona offesa¹⁵⁰.

La frizione è tuttavia più marcata nel caso della penetrazione orale forzata; ragione per cui la *Trial Chamber* ritiene di dover ricorrere ai principi generali del diritto internazionale e ai principi generali del diritto penale internazionale.

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 176.

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 1° giugno 2001, § 597, trad. nostra.

¹⁴⁹ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 177.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 181.

I primi consegnano all'interprete il *principio del rispetto della dignità umana*, definito come «la vera e propria *raison d'être* del diritto internazionale umanitario e del diritto dei diritti umani [...che] in tempi recenti è diventato di tale importanza da permeare l'intero corpus del diritto internazionale»¹⁵¹.

I secondi dimostrerebbero – il condizionale è d'obbligo – che non è in contrasto con il principio di legalità la riconduzione della penetrazione orale forzata nell'alveo del *rape* quando in alcuni ordinamenti, incluso quello di appartenenza dell'imputato, questi potesse essere accusato, per la medesima condotta, solo di *sexual assault*.

Secondo i giudici, a parte lo stigma sociale che accompagnerebbe la condanna per stupro (maggiore rispetto a quello di molestie sessuali), le garanzie del singolo non sono scalfite, giacché la penetrazione orale forzata sarebbe comunque un fatto di reato (*sexual assault*) ai sensi della giurisdizione del Tribunale, per giunta aggravato dalla commissione in tempo di conflitto ai danni di civili indifesi¹⁵².

Agli occhi del penalista domestico queste affermazioni convincono solo se adattate al contesto internazionale.

In primo luogo, esse annacquano – se si resta ancorati al paradigma domestico – la portata del principio di legalità, ponendolo a presidio di una prevedibilità meramente generica, vale a dire imperniata più su un disvalore generico, che su quello specifico¹⁵³.

Successivamente, la tripartizione fatta propria dalla Corte difetta di chiarezza, perché postula che la ricerca dei principi generali del diritto internazionale penale sia rivolta a fonti diverse dal sistema nazionale...difficili da individuare¹⁵⁴.

¹⁵¹ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 183, trad. nostra.

¹⁵² *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 184.

¹⁵³ Si tratta di un modo di concepire il *nullum crimen* invero contrastante con lo stato dell'arte in tema di legalità convenzionale: v., e.g., la vicenda Contrada [C.E.D.U., sez. IV, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 333 ss.] in cui si censura la mancata prevedibilità specifica dell'imputazione per concorso esterno in associazione per delinquere di tipo mafioso; condotta che – come rilevano gli stessi giudici – aveva comunque rilevanza penale, quantomeno a titolo di favoreggiamento: per tutti, cfr. le osservazioni di M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346 ss.

¹⁵⁴ D. AKANDE, *Sources of international Criminal Law*, cit., 52.

Suscitano poi critiche sia l'etichetta di «principio» affibbiata alla dignità¹⁵⁵, sia l'argomento teleologico, utilizzato in funzione incriminatrice e a mo' di compensazione del maggiore stigma patito dall'imputato, secondo cui «ci si dovrebbe ricordare che [...] il sesso orale forzato può essere umiliante e traumatico per la vittima quanto la penetrazione anale o vaginale»¹⁵⁶.

In conclusione, la sentenza vorrebbe adoperare i *principi generali* in funzione squisitamente ermeneutica, in quanto tale neutra, ma, spinta dal timore del *non liquet*, finisce forse per lambire il territorio dell'analogia *in malam partem*.

Più che sul merito la vicenda Furundžija si contraddistingue allora per il metodo giacché, come in Erdemović, il Tribunale stila un prontuario d'uso ai principi, precisando che: *a*) non bisogna fare riferimento a un solo ordinamento giuridico, a meno che ciò non sia indicato da una norma di diritto internazionale; *b*) occorre tenere conto delle specificità del procedimento penale internazionale, pertanto una loro trasposizione meccanica non è solo inopportuna, ma anche scorretta¹⁵⁷.

4.2. (Segue): il T.P.I.R. Fondamento e giurisdizione.

Il Tribunale penale per il Rwanda, che del T.P.I.J. condivide la base giuridica¹⁵⁸, ha il compito di processare i responsabili delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio del Rwanda ed i cittadini ruandesi responsabili di quelle che sono state compiute nel territorio degli Stati vicini tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 1994 (art. 1).

¹⁵⁵ A parte la sua genetica indeterminatezza, v. *retro* Cap. I, § 5, nota 122, essa sembra essere più propriamente un *valore*.

¹⁵⁶ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 184, trad. nostra.

¹⁵⁷ *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, cit., § 178.

¹⁵⁸ V. *supra*, § 4.1, nota 105, una traduzione italiana dello Statuto può essere consultata all'indirizzo <https://www.asgi.it/banca-dati/statuto-del-tribunale-penale-internazionale-per-il-rwanda/>.

La giurisdizione *ratione materiae* comprende i crimini di genocidio (art. 2)¹⁵⁹, contro l'umanità (art. 3)¹⁶⁰, nonché le trasgressioni gravi dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 per la protezione delle vittime di guerra, e del II Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 (art. 4)¹⁶¹.

Le disposizioni in materia di responsabilità individuale (art. 7), d'esecuzione della sentenza di condanna (art. 26), nonché le RPE sono sostanzialmente analoghe a quelle prima esaminate rispetto al T.P.I.J., al punto che i due organi giudicanti possono definirsi sostanzialmente omogenei.

4.2.1. (Segue): il T.P.I.R. La vicenda Akayesu.

Nella prassi del Tribunale un ruolo peculiare riveste la sentenza di condanna pronunciata nei confronti di Jean-Paul Akayesu, reo di aver *indirettamente* partecipato agli atti di genocidio in danno della

¹⁵⁹ Art. 2, §§ 2-3: 2. [p]er genocidio s'intende uno qualsiasi dei seguenti atti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale: *a*) uccisione di membri del gruppo; *b*) attentato grave all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; *c*) infliggere intenzionalmente al gruppo condizioni di vita preordinate a condurre alla sua distruzione fisica totale o parziale; *d*) imposizione di misure tese ad impedire le nascite all'interno del gruppo; *e*) trasferimento forzato di fanciulli del gruppo in un altro gruppo.

3. Saranno punibili gli atti seguenti: *a*) genocidio; *b*) cospirazione al fine di commettere genocidio; *c*) istigazione diretta e pubblica a commettere genocidio; *d*) tentativo di commettere genocidio; *e*) complicità in genocidio.

¹⁶⁰ Art. 3: «[i]l Tribunale internazionale per il Ruanda è competente a giudicare le persone responsabili dei crimini seguenti quando commessi nel quadro di un attacco su larga scala e sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile in ragione della sua appartenenza nazionale, politica, etnica, razziale o religiosa: *a*) assassinio; *b*) sterminio; *c*) riduzione in schiavitù; *d*) deportazione; *e*) prigionia; *f*) tortura; *g*) stupro; *h*) persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi; *i*) altri atti disumani».

¹⁶¹ Art. 4: «[t]ali violazioni comprendono, ma non sono limitate a: *a*) attentati alla vita, alla salute ed al benessere fisico o mentale delle persone, in particolare l'uccisione così come i trattamenti crudeli quali la tortura, la mutilazione o ogni forma di punizione corporale; *b*) pene collettive; *c*) presa di ostaggi; *d*) atti di terrorismo; *e*) oltraggi alla dignità della persona, in particolare i trattamenti umilianti e degradanti, lo stupro, la prostituzione forzata ed ogni forma di violenza carnale; *f*) saccheggio; *g*) condanne pronunciate e esecuzioni eseguite senza essere precedute da una sentenza di un tribunale regolarmente costituito, assistito da tutte le garanzie giurisdizionali riconosciute come indispensabili dai popoli civili; *h*) minaccia di commettere gli atti suindicati».

popolazione Tutsa rifugiata presso gli uffici comunali della città di Taba, di cui lo stesso era sindaco¹⁶².

In questa vicenda, sebbene vi si facciano semplici accenni, i *principi generali* vengono in rilievo nella loro veste di *principi generali del diritto penale* e in funzione sia argomentativa, che costitutiva.

Sotto il primo profilo, premesso che alcuni capi di imputazione erano stati formulati *ex art. 6 § 1 o*, alternativamente, *ex art. 6 § 3* dello Statuto¹⁶³, i giudici sentono il bisogno di chiarire come:

«l'art. 6(1) disciplina i principi fondamentali della responsabilità penale individuale, che *sono senza dubbio comuni alla maggior parte dei sistemi penali*»¹⁶⁴.

Data l'assenza di vuoti normativi da riempire, è evidente che il richiamo ai *principi generali*, fatto *ad abundantiam* e presentato come auto-evidente, serve a rinforzare la trama di un'argomentazione che, quanto al resto, non presenta alcun aspetto critico.

La funzione costitutiva si apprezza, invece, con riferimento all'interpretazione della condotta genocidiaria di *uccisione dei membri di un gruppo*. A tale proposito, l'art. 2, § 2, lett. a) dello Statuto utilizza il termine *killing*, nella versione inglese, mentre la parola *meurtre*, in quella francese.

¹⁶² *Prosecutor v. Akayesu, Judgment*, Case No. ICTR-96-4-T, *Tr. Ch. I*, 2 settembre 1998. Anche in questo caso ci occuperemo solo dell'aspetto sostanziale, tralasciando, pertanto, i profili processuali, quali, *e.g.*, *unus testis, nullus testis* (ivi, §§ 132-136), *res judicata* (*Barayagwiza v. Prosecutor, Decision (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration)*, Case No. ICTR-97-19-AR72, Camera d'app., 31 marzo 2000) e *iura novit curia* (*Kambanda v. The Prosecutor, Judgment*, Case No. ICTR97-23-A, Camera d'app., 19 ottobre 2000), tutte reperibili in <https://unictr.irmct.org>

¹⁶³ Si riporta per comodità del lettore il testo dei due paragrafi: § 1 «[c]hiunque abbia progettato, istigato, ordinato, commesso o in ogni altra maniera aiutato ed incoraggiato la progettazione, preparazione o esecuzione di uno dei crimini elencati negli articoli da 2 a 4 del presente Statuto è individualmente responsabile di tale crimine»; § 3: « Il fatto che uno qualunque degli atti indicati negli articoli da 2 a 4 del presente Statuto sia stato commesso da un subordinato non esime il suo o la sua superiore dalla propria responsabilità penale se costui o costei sapeva o aveva ragioni per sapere che il subordinato si apprestava a commettere quest'atto o l'aveva compiuto ed il o la superiore non ha adottato le misure necessarie e ragionevoli per impedire il compimento di tali atti o punirne gli autori», su origine, evoluzione e presupposti della *Responsabilità da Comando*, contemplata dal § 3, cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2007, in part. 21-424.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Akayesu, Judgment*, cit., 471, enfasi e trad. nostre.

La *Trial Chamber* evidenzia, da un canto, la generalità del primo, riferibile indifferentemente all'omicidio doloso o colposo; dall'altro, la maggiore precisione della seconda, giacché essa richiede l'intenzione dell'agente, concludendo che

«[d]ata la presunzione di innocenza, e secondo i *principi generali del diritto penale [degli Stati]*, [...] debba accogliersi la versione più favorevole all'imputato e che l'art. 2 (2)(a) dello Statuto debba essere interpretato in conformità alla definizione di uccisione contenuta nel codice penale del Rwanda, in virtù del quale *meurtre* è l'omicidio intenzionale»¹⁶⁵.

Pur criticabile per l'assenza di un'indagine comparata sui sistemi giuridici da cui dedurre l'applicazione *mitior* della regola, la sentenza pare confermare, anche in questo caso, la potenziale funzione (integrativo-) costitutiva dei *principi generali*; funzione che, operando nel caso di specie *in bonam partem*, non desta particolari perplessità.

5. Principi generali del diritto, funzione incriminatrice e diritto penale internazionale contemporaneo.

Possiamo adesso tracciare un quadro più puntuale e tentare di comprendere quale sia la portata dei *principi generali* in seno all'art. 7 § 2 C.E.D.U.

La premessa del discorso è che, malgrado le *distinctiones* talvolta effettuate¹⁶⁶, nella nostra materia la fonte di ognuna di esse è comunque costituita dalla legislazione penale interna.

Ora, la correttezza del confronto tra norme incriminatrici (*rectius*, tra i principi loro sottesi) passa attraverso il metodo impiegato – nei limiti dello sforzo esigibile (tempo, risorse e conoscenze linguistiche sono limitati), ma pur sempre proteso alla salvaguardia del reo – dai giudici.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Akayesu, Judgment*, cit., 501, enfasi e trad. nostre.

¹⁶⁶ Le ricordiamo: 1) principi generali del diritto penale internazionale; 2) principi generale del diritto penale riconosciuti dalla comunità degli Stati e 3) principi generali del diritto internazionale.

Campionature di convenienza, cioè motivate dall'accessibilità delle fonti¹⁶⁷, oppure arbitrarie¹⁶⁸ andrebbero pertanto evitate, ampliando lo spettro dell'indagine anche a famiglie giuridiche diverse; concetto quest'ultimo nient'affatto univoco¹⁶⁹.

Viene da sé, poi, che le criticità riconducibili al metodo aumentano a seconda della funzione svolta dai *principi generali*. Nelle pagine precedenti, sono infatti emersi un dato comune e alcuni profili differenziali.

In primo luogo, i principi generali come categoria (...dogmatica?) hanno un ruolo integrativo/residuale. Limitatamente alla loro veste costitutiva¹⁷⁰ possono però operare, per attutire (ma non neutralizzare) l'attrito con il *nullum crimen, solo* in assenza di altre fonti e a condizione che siano *autorizzati* da un trattato cui gli Stati si sono vincolati.

Successivamente, come si è avuto modo di notare nel corso dell'esame delle pronunce sui profili sostanziali, essi possono svolgere l'ulteriore funzione (meglio, *la* funzione, se consideriamo la residualità semplicemente come *qualità* intrinseca): argomentativa (*Tadič* e

¹⁶⁷ Secondo N. JAIN, *Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment*, in *The American Journal of International Law*, n. 3/2015, 486 ss., 490, la vicenda *Erdemovič* ne sarebbe un esempio. Ci preme tuttavia notare come il sondaggio svolto dai giudici McDonald e Vohrah, giustificato dagli stessi alla luce dell'accessibilità, risulti comunque approfondito: nei limiti dei controfattori da considerare (tempo, conoscenze, risorse), sono valutati ventotto paesi.

¹⁶⁸ EAD., *Comparative International Law at the ICTY*, cit., 491, che nota: «sebbene questo metodo possa evitare alcuni problemi di *cherry-picking*», *i.e.* la fallacia della prova incompleta, «è facile che tenda ad altri errori, come ad esempio la preferenza per sistemi che hanno dati meglio o più accessibili oppure non rappresentatività nel caso si opti per un *range* ristretto di ordinamenti».

¹⁶⁹ EAD., *op. ult. cit.*, 491-492. Nello stesso senso A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 38. L'evoluzione della scienza comparatistica ha infatti messo in crisi la tradizionale dicotomia tra *civil* e *common law*. Secondo taluno, occorrerebbe aggiungere anche i paesi di diritto socialista insieme a una categoria residuale comprensiva dei sistemi filosofici e religiosi [R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains* (trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004)]; secondo altri, invece, occorrerebbe distinguere in base ai modelli del: diritto professionale (articolato, a sua volta, in *civil law*, *common law* e paesi a tradizione mista); diritto politico e diritto tradizionale (U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 5 ss.); altri ancora, in base a storia, modo di pensiero, istituzioni, fonti e ideologia, individuano otto famiglie: *common law*, estremo est; germanica hindu, islamica, nordica, romanistica e socialista (K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, 1998.)

¹⁷⁰ V. immediatamente *infra* nel testo.

Akayesu), interpretativa (o pseudo-interpretativa, come in *Furundžija*) e costitutiva *in bonam* (*Erdemovič*, sulla potenziale efficacia liberatoria della *duress*, poi disattesa; *Akayesu* sull'applicazione del *favor rei*) e *in malam partem* (*Erdemovič*, sulla durata massima della pena detentiva)¹⁷¹.

Quest'ultima – chiaramente la più problematica soprattutto in punto di conoscibilità – è quella probabilmente accolta, almeno in origine¹⁷², dalla formulazione letterale dell'art. 7 § 2 C.E.D.U.

Statuire che «il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna [...] secondo i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili» significa proprio identificare come legittimo *in astratto* l'esercizio del magistero punitivo statale in base a fonti non scritte e ricavate in via di astrazione.

Si tratta di un'interpretazione che può essere *prima facie* accettata, inforcando gli occhiali dell'internazionalista, nella misura in cui: i *principi generali* 1) attingono a fonti esistenti – come prescrive l'art. 7 § 2 – «al momento del fatto» (un principio è, del resto, un *quid* consolidatosi nel tempo); 2) la manifesta criminalità (e immoralità) dei *crimina iuris gentium* impedisce di eccepire qualsivoglia forma di ignoranza in materia¹⁷³. Pertanto, sulla scorta di questo ragionamento, parrebbe doversi ammettere che il giudice domestico (a) *applichi ex post facto* una norma incriminatrice o (b) *disapplichi* una norma di favore, purché la norma applicata/disapplicata fosse consonante/dissonante rispetto ai principi comuni esistenti al *tempus commissi delicti*¹⁷⁴.

Se così fosse (senza andare troppo lontano e accantonato per un attimo l'istituto dei contro-limiti), i colpevoli del delitto di tortura, oggi

¹⁷¹ In senso analogo A. CALIGIURI, *La ricostruzione di principi generali*, cit., 1083.

¹⁷² V. *infra* § 6.

¹⁷³ Sono argomentazioni sostenute, *mutatis mutandis*, già da G. VASSALLI, *Bilancio di Norimberga*, in ID., *Scritti giuridici*, v. II, *La parte speciale del diritto penale. Il diritto penale del tempo di guerra*, Milano, 1997, 679 ss.: «v'è un diritto umano, comune a tutti i popoli civili, il quale, pur nelle asprezze della guerra, costituisce una barriera insormontabile, al di là della quale v'è il delitto, il delitto di tutti i tempi e di tutte le lingue, il delitto contro lo stesso genere umano», 682.

Ovviamente, se il campo di indagine fosse il diritto penale nazionale si dovrebbe affermare *de plano* l'impraticabilità di questa interpretazione, a causa (anche tralasciando il principio di riserva di legge) del cortocircuito che si viene a creare tra determinatezza e (ri)conoscibilità del precetto.

¹⁷⁴ Su queste conseguenze applicative del § 2 v. A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 303; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 104.

previsto dall'art. 613 *bis* del nostro codice penale¹⁷⁵, potrebbero *paradossalmente* essere puniti retroattivamente: le condotte antecedenti alla sua introduzione – già rilevanti in base a titoli di reato meno gravi – erano sicuramente in contrasto con i *principi generali* riconosciuti da quegli ordinamenti che, a differenza del nostro, avevano prontamente implementato la *Convenzione contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (c.d. CAT o UNCAT), approvata a New York il 10 dicembre 1984 e divenuta efficace a partire dal 26 giugno 1987¹⁷⁶. Insomma, *solo* per le gravi violazioni dei diritti umani il principio di legalità non dovrebbe dirsi violato: la generalità dei principi in esame denuncierebbe infatti una politica-criminale circolare che, una volta formalizzata anche nell'ordinamento domestico, renderebbe efficace e operativa la valutazione di bisogno e meritevolezza di pena¹⁷⁷. Detto con la teoria generale del diritto, l'introduzione *ex post* della norma incriminatrice potrebbe integrare l'avveramento di un effetto fino a prima condizionalmente sospeso.

Eppure, è davanti agli occhi di chi legge come questo tentativo di preservare – alla luce, lo ribadiamo, delle peculiarità del diritto internazionale – la funzione incriminatrice dei principi generali ricostruisce la *clausola di Norimberga* in modo scivoloso.

A) In primo luogo, il richiamo sicuramente accattivante a una politica-criminale circolare è fonte di equivoci, se non opportunamente circoscritto. Un plastico esempio è stato recentemente fornito dalla Corte di cassazione. Dichiarando l'imprescrittibilità del delitto di strage, il giudice di legittimità ha affermato *ad adiuvandum*:

«[a]ppare 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

¹⁷⁵ In argomento, con riferimento sia alla dimensione sovranazionale, che a quella statale v. A. COLELLA, *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 811 ss.; L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *discrimen.it*, 28 luglio 2018; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura: l'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018.

¹⁷⁶ Per uno sguardo comparato v. anche G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *Costituzionalismo.it*, 9 luglio 2015.

¹⁷⁷ M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

comune convivenza esistenti all'interno dell'unione europea [...]. Il delitto di strage 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. Va pertanto affermato che la portata applicativa dell'art. 7 C.E.D.U., comma 2, secondo cui il principio di irretroattività della legge incriminatrice non si applica a crimini contro l'umanità che offendono interessi transnazionali, impone ritenere non applicabile al delitto di strage la regola della applicazione della norma più favorevole sulla prescrizione in caso di successione di norme nel tempo»¹⁷⁸.

A nostro avviso, il profilo critico della sentenza non è rappresentato dalla confusione, pur evidente, tra sistema convenzionale e sistema euro-unitario, giacché anche l'Unione Europea fa propria, ex art. 49 § 2 C.D.F.U.E., la clausola di Norimberga.

Più pressante rispetto all'obiezione "formalistica" è, invece, il rilievo secondo cui, mediante questo cursorio riferimento, la Corte trascura la natura straordinaria dell'art. 7 § 2 e, forzatamente, vi fa rientrare una fattispecie (la strage) che, per la sua "ordinarietà", ne risulta avulsa dallo spettro applicativo¹⁷⁹.

B) Né si può negare che in *tempi normali* la (provvisoria) ricostruzione fin qui proposta soccomberebbe sull'altare dei *contro-limiti allargati*. Come abbiamo prima ricordato¹⁸⁰, la C.E.D.U. non è munita della diretta applicabilità propria (di parte) del diritto U.E.¹⁸¹ e, in quanto fonte *sub-costituzionale*, potrebbe prevalere quale *ratio*

¹⁷⁸ Cass. Pen., sez. II, 11 febbraio (12 aprile) 2016, n. 15017, in *iusexplorer.it*, con commento di A. BIGIARINI, in *ilpenalista.it*, 13 maggio 2016.

¹⁷⁹ In questa prospettiva si muove anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 225, nota 70 quando afferma che «tali conclusioni (errate) sulla portata della disposizione convenzionale sono particolarmente sintomatiche di una certa prevalenza accordata alle ragioni di giustizia sostanziale sulla legalità anche con riguardo a reati che nulla hanno a che vedere con la c.d. formula di *Radbruch*» (l'A. fa coincidere formula di *Radbruch* e art. 7 § 2 C.E.D.U., a noi, invece, sembra formalmente più corretto dire che la (doppia) formula ne è premessa filosofica. Il risultato, a conti fatti, non cambia).

¹⁸⁰ V. *supra*, § 1, nota 3.

¹⁸¹ Diritto che, come statuito costantemente dalla C.G.C.E. a partire dal caso *Kolpinghuis Nijmegen* (sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, in *Racc.*, p. 3969, IV, punto 13), «non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale».

giustificatrice di una norma penale retroattiva solo se non contrasti con *tutte* le disposizioni costituzionali. L'unico modo per fare salva la tesi sarebbe quello di concepire i principi generali del diritto come consuetudini internazionali, a cui l'ordinamento italiano si adatta automaticamente *ex art. 10 Cost.*; ma *a)* la loro natura consuetudinaria è, come abbiamo detto, tutta da dimostrare; *b)* anche se fosse assodata, comunque – stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale – il loro ingresso nell'ordinamento italiano dovrebbe ritenersi inibito per contrasto con i principi fondamentali, in ispecie l'art. 25, comma 2, Cost.¹⁸²

C) Inoltre, la Convenzione e i Tribunali *ad hoc*, pur facendo riferimento ai *principi generali* in funzione (anche) incriminatrice, non riflettono più lo stato dell'arte del diritto penale internazionale rispetto al genocidio e ai crimini contro l'umanità e di guerra.

Gli articoli 22, 23, 24 dello ST. C.P.I. ce ne danno una limpida dimostrazione¹⁸³. Queste disposizioni sembrano lasciarsi indietro la *cifra giusnaturalistica* dello *ius gentium* anche nel settore penale, per abbracciare, sulla falsariga delle moderne Carte costituzionali, una

¹⁸² Secondo l'argomentazione portata avanti da Corte Cost., (22 ottobre) 22 ottobre 2014, n. 238, in *cortecostituzionale.it*, la quale ha chiarito come la norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile (coperta dall'art. 10 Cost, collocato tra i principi fondamentali) non può derogare al diritto (parimenti fondamentale) alla tutela risarcitoria dei diritti e interessi legittimi, contemplato dall'art. 24 Cost. Sulla sentenza v., per tutti, G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali*: “oportet ut scandala eveniant”, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 1/2015, 51 ss. Prospettano il contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 305-306 e M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 127.

¹⁸³ Sullo Statuto di Roma, oltre alla bibliografia indicata *infra*, *sub nota* 190 rispetto al principio di legalità, v., in generale, AA. VV., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, a cura di F. LATTANZI - W. SCHABAS, Ripa Fagnano Alto (AQ), 2000; AA. VV., *La Corte Penale Internazionale: Organi-Competenza-Reati-Processo*, a cura di G. LATTANZI - V. MONETTI, Milano, 2006; W. A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, New York, 2011.

visione “illuminista” del principio di legalità, declinato come *lex certa*¹⁸⁴, *stricta*¹⁸⁵ e *praevia*¹⁸⁶.

Detto altrimenti, parrebbe definitivamente scartata quella tesi che, asserita l’inoperatività del *nullum crimen* in materia di crimini internazionali, fondava la punibilità dei fatti sull’antigiuridicità (*rechtswidrig*) e sulla meritevolezza di pena in base all’*opinio iuris* (*Rechtsüberzeugung*)¹⁸⁷.

Certo, non mancano alcune incongruenze.

A parte previsioni che rinviano al diritto internazionale (e, quindi, anche alla consuetudine) o contengono clausole ad analogia espressa¹⁸⁸, non può tacersi che l’art. 22, *ex* § 3, «non impedisce che una condotta sia qualificata come crimine secondo il diritto internazionale

¹⁸⁴ **Art. 22**, rubricato espressamente *nullum crimen sine lege*, § 1 («[u]na persona è penalmente responsabile in forza del presente Statuto solo se la sua condotta [...] costituisce un crimine di competenza della Corte») e **art. 23** - *nullum crimen sine poena* («[u]na persona che è stata condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità alle disposizioni del presente Statuto») **ST. C.P.I.**

¹⁸⁵ **Art. 22 § 2 ST. C.P.I.** «[l]a definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona [...]».

¹⁸⁶ **Art. 24** – *non retroattività ratione personae*, § 1 «[n]essuno è penalmente responsabile in forza del presente Stato per un comportamento, precedente all’entrata in vigore dello Statuto» (*i.e.* il 1° luglio 2002); § 2 «[s]e il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d’inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole» **ST. C.P.I.**

¹⁸⁷ Era la tesi di G. DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, Göttingen, 1956. Più moderata tra la dottrina “negazionista” la già ricordata posizione di O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., *passim*, secondo cui legalità e tipicità non coincidono perché il diritto delle genti non conosce strutturalmente il principio di separazione dei poteri.

Sottolineando il valore etico, politico e simbolico dell’introduzione del *nullum crimen*, M. CATENACCI, “Legalità” e “tipicità”, cit., 49 afferma entusiasticamente: «nella repressione di crimini che manifestano un evidente quanto grave disprezzo per i diritti umani, la comunità internazionale dimostra cioè di saper rimanere bene ancorata ad un principio, quello di legalità per l’appunto, che è anch’esso, a sua volta, espressione di un diritto umano fondamentale».

¹⁸⁸ Si veda l’**art. 7**, *Crimini contro l’umanità*, § 1 che, nel definire gli atti integranti il crimine internazionale, contempla rispettivamente, **lett. h**), la «persecuzione contro un gruppo o una collettività identificabile, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente **riconosciute come inammissibili dal diritto internazionale**» e, **lett. k**), «altri atti inumani di **analogo carattere** diretti a causare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale».

indipendentemente dal presente Statuto» e che, ai sensi dell'art. 21, § 1, lett. c) «*i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine*» sono definiti espressamente fonte applicabile.

Nondimeno, la nostra dottrina ha chiarito in maniera – ci pare – convincente che queste disposizioni sono il prodotto del tentativo di saldare legalità e tipicità in modo compatibile con le peculiarità del diritto internazionale penale.

Lo Statuto di Roma si inserisce in un ordinamento giuridico (formalmente) tra pari, che quando ricorre al principio di legalità non lo fa, come invece l'Europa assolutista, per ottenere legittimazione; non ne ha bisogno perché il disvalore di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e (oggi anche) del crimine di aggressione – vale a dire i reati che rientrano nella giurisdizione *ratione materiae* della Corte – sono già radicati presso la comunità internazionale (v. i trattati in materia penale e le consuetudini internazionali venute in essere prima e dopo i processi di Norimberga e Tokyo)¹⁸⁹. Piuttosto, se ne serve perché le istanze di certezza a esso sottese giovano a tutelare sia la sovranità degli Stati da indebite ingerenze della comunità internazionale, che la libertà del singolo da un uso arbitrario della potestà punitiva da parte della comunità internazionale stessa¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Quanto al crimine di aggressione, di successiva introduzione, può dirsi che la relativa legittimazione è frutto della proposta presentata - accettata (seppure con modifiche) e trasfusa nell'art. 8 *bis* - all'Assemblea degli Stati parte, *Assembly of States Parties, Seventh Session*, New York, 19-23 gennaio e 19-23 febbraio 2009, Official Records (ICC-ASP/7/20/Add.1), Annesso II.

¹⁹⁰ M. CATENACCI, *op. cit.*, 153-169. L'A. attribuisce alla tipicità internazionale funzione *rassicurante*, escludendo *a fortiori* quella *legittimante*.

In argomento v. anche R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, spec. 283-292, che identifica la legalità internazionale nel *nullum crimen sine iure*; M. CAIANIELLO – E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Ind. Pen.*, 2002, 307 ss.; S. D'AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dello Statuto di Roma ed il problema dell'adeguamento interno*, Napoli, 2013, in part. 237 ss.; A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte Criminale Internazionale*, in AA. VV., *Les sources du droit international pénal*, cit., 329 ss., che osserva: «il principio di stretta legalità affermato nello Statuto non spartisce la logica – che caratterizza, in particolare, il principio di riserva di legge nel diritto interno – di vincolo alla fonte, cioè di selezione di ciò che può essere «fonte» di norme in materia penale, e di selezione del disvalore «primario» d'illecito (confine tra lecito e illecito). La selezione

Gli artt. 22, § 3 e 21, § 1, lett. c) ST. C.P.I. andranno allora interpretati su questo sfondo politico-criminale: il primo consentirà sì il ricorso al diritto internazionale per qualificare come criminale una condotta indipendentemente dallo Statuto, ma a fini diversi dalla sottoposizione alla giurisdizione della Corte¹⁹¹; il secondo, invece, richiamando i *principi generali*, non fa altro che estromettere implicitamente quelli con funzione costitutivo-incriminatrice¹⁹².

Scartata, per questi tre motivi, la funzione (costitutivo-) incriminatrice che l'art. 7 § 2 C.E.D.U pare attribuire ai *principi generali*, sorge il sospetto di doverlo bollare come un residuo storico, quantomeno con riferimento ai crimini nella giurisdizione della C.P.I.¹⁹³

primaria dell'illiceità (in base alle fonti del diritto internazionale) è in realtà *presupposta* dallo Statuto, il quale realizza invece soltanto una selezione secondaria, basata sulla logica di una tipicità che potremmo definire «differenziale» [...] cambia in realtà anche la funzione delle norme sull'illecito: non più, probabilmente, di *garanzia* per l'individuo di fronte alla scelta di ciò che deve costituire reato oppure no (disvalore primario), ma di selezione delle ipotesi nelle quali l'individuo soggiace ai vincoli che la Corte impone esercitando la sua giurisdizione», 330-331, corsivi dell'A.; A. MARTINI, *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene nel sistema della Corte penale internazionale*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. CASSESE – M. CHIAVARIO – G. DE FRANCESCO, Torino, 2005, 215 ss.

Per la dottrina straniera v. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, *Foundations and General Part*, Oxford, 2013, in part. 87-93; M. M. DEGUZMAN, *Art. 21*, in AA. VV., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, a cura di O. TRIFFTERER – K. AMBOS, Monaco/Oxford/Baden-Baden, 2016, 932 ss.; B. BROOMHALL, *Art. 22*, *ivi*, 949 ss.; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Monaco/Oxford/Baden-Baden, 2018, 266-268.

¹⁹¹ M. CATENACCI, *op. cit.*, 188: la funzione è quella di «ricordare alla comunità internazionale (ed ai potenziali delinquenti) che i crimini elencati nella prima parte dello Statuto, lungi dal racchiudere l'intero diritto internazionale penale, ne rappresentano solo una parte; e che dunque quell'elenco non impedisce (ad es. nei procedimenti ancora in corso davanti ai tribunali per la ex Jugoslavia o per il Ruanda, o più in generale nei rapporti internazionali) di continuare a qualificare (o di qualificare in futuro) come 'criminali' (anche se evidentemente per scopi diversi dalla loro sottoposizione alla giurisdizione della Corte) condotte in esso non ricomprese», corsivi dell'A.

¹⁹² Nello stesso senso v. M. CATENACCI, *op. cit.*, secondo cui l'art. 21 «elenca invece un *numerus clausus* di *parametri argomentativi*, alla cui stregua le norme che quelle tipologie descrivono possono essere *interpretate*», 190, corsivi dell'A.; T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg clause' and beyond*, *cit.*, 240.

¹⁹³ G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, mostra perplessità che non appaiono infondate: «mentre attraverso lo Statuto di Roma la giustizia penale internazionale nella sua più ampia estensione si sia ormai

Proveremo a chiarire più avanti questo dubbio¹⁹⁴. Preliminare alla sua risoluzione, però, è l'esame delle ulteriori interpretazioni avanzate in merito al rapporto tra § 1 e § 2 dell'art. 7 C.E.D.U.

6. Il «diritto internazionale» e i rapporti tra art. 7 § 1 e 2 C.E.D.U.

I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» non sono l'unico nodo nevralgico dell'art. 7 C.E.D.U. considerato nel suo complesso. Il § 1 individua tra i parametri di rilevanza penale di un'azione o omissione il diritto non solo interno, ma anche internazionale¹⁹⁵.

Se l'utilizzo del termine diritto può spiegarsi facilmente alla luce della partecipazione al Consiglio d'Europa di paesi di tradizione giurisprudenziale¹⁹⁶, il riferimento alla seconda fonte suscita due ordini di problemi: sul metodo operativo e sul contenuto precettivo.

Quanto al primo, non si può fare a meno di notare come, già a livello letterale, la formulazione del paragrafo contempli anche il caso di ordinamenti giuridici in cui il diritto internazionale è immediatamente applicabile, senza cioè il bisogno di trasposizione (sistemi monisti)¹⁹⁷.

Beninteso, la Convenzione non impone, se manca una norma incriminatrice nazionale, di pronunciare la sentenza di condanna in base

adeguata ad un'accezione rigorosamente formale del principio di (legalità e di) irretroattività della norma penale, nella sede regionale del Consiglio d'Europa residuino eccezioni storicamente datate», 22-23.

¹⁹⁴ V. *infra*, nelle *Conclusioni*.

¹⁹⁵ «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* [...]».

¹⁹⁶ V. per tutti C.E.D.U., Grande Camera, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, ric. n. 17862/91, § 29 in *hudoc.echr.coe.int*: «quando l'art. 7 usa il termine “diritto” allude in tutto e per tutto allo stesso concetto a cui la Convenzione si riferisce quando altrove impiega quel termine; un concetto/nozione che comprende il diritto scritto e quello giurisprudenziale e implica requisiti qualitativi, quali accessibilità e prevedibilità», trad. nostra.

¹⁹⁷ Sulla distinzione tra teoria moniste e dualiste v., per tutti, A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., 319 ss.; P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (e dell'unione europea)*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., 129 ss. Sull'applicazione diretta del diritto penale internazionale con ampi riferimenti comparatistici v. W. N. FERDINANDUSSE, *Direct application of International Criminal Law in National Courts*, L'Aja-Cambridge, 2006.

a una fonte di diritto internazionale (trattato o consuetudine), ma chiarisce che, nei limiti del principio di irretroattività, tale eventualità sarà ritenuta convenzionalmente compatibile¹⁹⁸.

L'importanza del secondo profilo (*i.e.* il contenuto dello *ius gentium*) si coglie, invece, proprio in tema di costruzione dei rapporti con il § 2¹⁹⁹.

La tesi che abbiamo esposto nel paragrafo precedente parte infatti dal presupposto che la *clausola di Norimberga* sia un'eccezione *generalizzabile* alla regola²⁰⁰. In altre parole, diritto internazionale e principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili sarebbero, agli effetti della Convenzione, due entità monadiche: il § 1 espanderebbe l'ambito di applicazione dell'irretroattività, mentre il § 2 lo ridurrebbe²⁰¹. È però evidente, specie alla luce della ricostruzione fatta, che in assenza di precise indicazioni l'interprete non pare autorizzato ad attribuire ai *principi generali* una valenza diversa da quella loro comunemente riconosciuta.

A causa di ciò, la tesi dell'*eccezione generalizzabile* non convince del tutto.

Pertanto, se il «diritto internazionale» di cui al § 1 contempla *ex se* i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili (v., appunto, l'art. 38 § 1 lett. c) St. C.I.G.), il § 2 viene a perdere la sua autonomia, per acquisire la funzione di chiarire che «i principi di diritto

¹⁹⁸ E. BLEICHRODT, *No punishment without law*, cit., 664; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 315; J. VELU – R. ERGEC, *La Convention européenne*, cit., 514. Torneremo su questo profilo *infra*, CAP. III.

¹⁹⁹ Un breve quadro di sintesi si trova in O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197 ss., in part. 2220-2223.

²⁰⁰ Questa ricostruzione dei rapporti tra §§ 1 e 2 è "accolta" da A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 298-299; E. BLEICHRODT, *op. cit.*, 664-665; A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 410 ss., 415; A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit.; D. HARRIS - M. O'BOYLE - ED BATES - C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 501-502; S. HUERTA TOCILDO, «*El contenido debilitado del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P/)*», in AA. VV., *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, a cura di J. GARCÍA ROCA – P. SANTOLAYA MACHETTI, Madrid, 2005, 455 ss., 464; P. ROLLAND, *Art. 7*, cit., 299-230.

²⁰¹ Nota A. ESPOSITO, *op. cit.*, che secondo questa tesi «[i]l richiamo al diritto internazionale sembra svolgere allora una funzione espansiva nel primo paragrafo e una funzione limitativa nel secondo», 319.

cui si riferisce, accanto al diritto consuetudinario e pattizio, costituiscono diritto internazionale ai fini di quanto stabilisce il primo comma»²⁰² e che la clausola di Norimberga non va applicata oltre il campo d'azione tracciato dai lavori preparatori, essendo priva di efficacia ultra-attiva (*eccezione ristretta o chiarificazione*).

A queste ricostruzioni dei principi generali, che – per esigenze di sistematicità – possiamo rispettivamente chiamare della *eccezione pura* e della *chiarificazione pura*, si affiancano due “varianti”.

La prima è definita dal suo stesso autore *eccezione alla regola*, in contrapposizione all'*eccezione nella regola*²⁰³.

Il punto di partenza è che il § 1, accostando il «diritto internazionale» al «diritto nazionale» permette di punire fatti non contemplati dal secondo (è, in questo senso, *eccezione nella regola*), a condizione che la rilevanza internazionale del crimine fosse consolidata prima della sua commissione (in questi termini vi sarebbe un «“rafforzamento-espansione” della regola»)²⁰⁴.

Il § 2 non può essere allora una eccezione pura e contemplare i crimini internazionali, perché, così opinando, verrebbe violato il principio di conservazione a vantaggio di una *interpretatio abrogans*.

Quindi, essendo «logico e del tutto naturale»²⁰⁵ attualizzare il significato della previsione con i principi fondamentali nel campo dei diritti umani, il § 2 opererà «là dove la condotta, perfettamente lecita tanto secondo la legge penale domestica, quanto secondo la legge penale internazionale, violi una delle libertà fondamentali garantite dalla Convenzione»²⁰⁶.

È lo stesso Autore però a dichiarare impraticabile quest'interpretazione estensiva, ritenendo alla fine che, da un canto, il § 2 sia un'eccezione (ristretta) e che, dall'altro, il § 1 consacri l'irretroattività anche a livello del diritto internazionale, «*senza al contempo “allargare” il contesto*

²⁰² V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 243. Oltre agli AA. indicati, sposano questa tesi, accolta di recente dalla Corte (*infra*, CAP. III), anche A. ESPOSITO, *op. cit.*, 321; W. A. SCHABAS, *The European Convention*, cit, 353 («i due paragrafi sono largamente ridondanti»).

²⁰³ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 112.

²⁰⁴ *ID.*, *op. cit.*, 110.

²⁰⁵ *ID.*, *op. cit.*, 111.

²⁰⁶ *ID.*, *op. loc. ult. cit.*, corsivi nel testo. La tesi troverebbe legittimazione, secondo l'A., anche nell'art. 17 C.E.D.U., alla cui stregua neppure la certezza del trattamento punitivo può essere usata per legittimare la distruzione degli altrui diritti convenzionali; con la conseguenza che ogni diritto risulterebbe bilanciabile, 112.

normativo (diritto interno + diritto internazionale) alla luce del quale verificare il rispetto-violazione del precetto»²⁰⁷.

L'altra variante può definirsi, invece, *coordinamento*²⁰⁸. Anch'essa prende le mosse dalla necessità di evitare un'interpretazione abrogatrice dell'art. 7 § 2; cosa che avverrebbe, appunto, in base alla tesi che proietta quest'ultimo nel § 1²⁰⁹.

In tale ordine di idee, siccome entrambi i paragrafi fanno riferimento a *principi*, la *clausola di Norimberga* svolgerebbe il compito di coordinare il conflitto tra irretroattività e i «principi desumibili in tema di repressione di *crimina iuris gentium* dagli ordinamenti degli Stati parti della Convenzione e comuni a tali ordinamenti», ivi inclusi i crimini contro l'umanità pretermessi dai lavori preparatori alla disposizione²¹⁰.

La Corte dovrebbe allora pesare le rispettive istanze, verificando le loro conseguenze concrete. I principi generali così costruiti dovranno prevalere se *nel caso di specie* la funzione preventiva della pena, salvaguardata dal divieto leggi *ex post facto*, rimanga comunque integra²¹¹.

Entrambe le “varianti” sono rimaste isolate nella giurisprudenza della Corte, che ha costruito i rapporti tra i due paragrafi ora in termini di eccezione, ora in termini di chiarificazione.

²⁰⁷ ID., *op. cit.*, 113: «se domani fosse introdotto nel sistema CEDU un nuovo crimine sconosciuto al sistema domestico (pensiamo a un reato “istantaneo” di maltrattamenti in famiglia [...]), il genitore che, oggi, batte con veemenza il bimbo che fa i capricci [...] non sarebb[e...] punibil[e] “ai sensi” dell[a] novell[a] fattispecie né secondo l'ordinamento interno, né secondo quello sovranazionale.[...] Se però il *novum* fosse stato introdotto nel sistema CEDU ieri, e ritenessimo che la disposizione di ci all'art. 7, co. 1, Conv. dilata la “base normativa” alla luce della quale verificare la penale illiceità/liceità del fatto, il nostro genitore [...] non sarebb[e...] punibil[e] secondo la normativa interna (si tratta di operazione che viola la “irretroattività continentale”, mancando una fattispecie domestica...), ma dovrebb[e...] esserlo secondo quella sovranazionale (...ma conforme alla “irretroattività convenzionale”, che fa a meno di una fattispecie domestica). La cultura dei controlimiti, d'altro canto, ci impone di preferire interpretazioni conformi a Costituzione [...] siamo *obbligati* a sposare quella che comprime il significato del comma 1», corsivi dell'A.

²⁰⁸ La paternità della teorica e della denominazione è di P. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione di crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, in *Riv. dir. internaz.*, 1998, 392 ss.

²⁰⁹ ID., *op. cit.*, 415-416.

²¹⁰ ID., *op. cit.*, 419.

²¹¹ ID., *op. cit.*, 427-428, con rinvio a G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità*, cit., 57. L'A. utilizza come premessa e al contempo come banco di prova per la sua tesi il caso Touvier, su cui v. *infra*, CAP. III.

L'esame della prassi ci consentirà una visione completa.

CAPITOLO III

LA CLAUSOLA DI NORIMBERGA

Profili pratico-applicativi

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La clausola di Norimberga: meccanismo di funzionamento e ampiezza dello spettro applicativo. – 3. Il paradigma “eccezionalista”. Le prime decisioni della Commissione E.D.U. nel solco della *ratio* ispiratrice. – 3.1. L’eccezione generalizzata: i casi *Touvier* e *Papon*. – 3.2. L’eccezione generalizzata: i casi *Naletilič* e *Linkov*. – 4. Il paradigma “intermedio”. Tra generalizzazione e garanzia. – 4.1. (*Segue*): i casi *Kolk-Kislyiy* e *Penart c. Estonia*. – 5. Il paradigma “garantista”. Introduzione. – 5.1. (*Segue*): prove di collaudo. I casi *K.H.W c. Germania* e *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*. – 5.1.2. (*Segue*): prove di collaudo. Il caso *Tess c. Lettonia*. – 5.2. (*Segue*): il caso *Kononov c. Lettonia*. – 5.3. (*Segue*): il caso *Korbely c. Ungheria*. – 5.4. (*Segue*): il caso *Ould Dah c. Francia*. – 5.5. (*Segue*): il caso *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*. – 5.6. (*Segue*): il caso *Vasiliauskas c. Lituania*. – 6. Postilla. *Fiat iustitia ne pereat mundus*.

1. Considerazioni preliminari.

L’analisi finora condotta ha fatto essenzialmente emergere due modi antitetici di interpretare il *complesso normativo* dei «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili»¹. In questa prospettiva, esso può essere declinato – vale la pena ribadirlo – ora in termini costitutivi della responsabilità penale, ora in termini

¹ Parlare di *complesso normativo* o *elemento normativo complesso* non pare scorretto. Questa etichetta coglie bene il fenomeno di plurime integrazioni necessario per la comprensione della locuzione: in primo luogo, si deve guardare agli ordinamenti delle nazioni civili (nei termini *supra* precisati) e, successivamente, procedere a un’operazione di sintesi che tragga dagli stessi un principio di politica-criminale comune. Per la bibliografia in tema di elementi normativi v. gli AA. indicati al CAP. I, § 4.1, *sub* nota 99.

semplicemente “dichiarativi”. È palese come il riconoscimento dell’una o dell’altra funzione rechi con sé effetti ben distinti.

Ove trovasse accoglimento la prima, si dovrebbe ritenere convenzionalmente autorizzata una deroga alle garanzie del *nullum crimen* internazionale. Il principio di legalità correrebbe quindi su binari non omogenei, più solidi rispetto ai crimini ordinari e, per converso, meno stabili rispetto ai *crimina iuris gentium* che, a rigore, per l’elevato grado di allarme suscitato e in prospettiva reo-centrica meriterebbero di essere assistiti da maggiori garanzie. Il riferimento che il § 1 fa al «diritto internazionale» rischierebbe così di passare quasi inosservato.

Ora, posto che non avrebbe senso ricercare una riserva di legge in una comunità tra Pari, aliena per definizione alla logica della separazione dei poteri (*par in parem non habet imperium*)², è comunque innegabile come nella transizione dalla *lex* al più plastico *ius*, il diritto penale non possa rinunciare a istanze di precisione, prevedibilità e conoscibilità (*nullum crimen sine iure stricto*, certo *et praevio*).

Perciò, anche impiegando un metro di interpretazione elastico, c’è da dubitare che i *principi generali*, sebbene intrisi di sicuro disvalore e precedenti alla condotta (in questi termini *certi et praevi*), abbiano la capacità di tipizzare delle condotte³; compito, questo, più confacente a trattati e consuetudini che non sono, a differenza dei primi, solamente istanze condivise di politica-criminale, ma regole munite di quel grado di determinatezza (maggiore nel primo caso, tendenzialmente minore nell’altro, data la natura di fonte-fatto) che può ragionevolmente richiedersi al diritto penale che proviene dalla comunità internazionale⁴.

La seconda soluzione è quella che presenta i minori inconvenienti. La legalità convenzionale sarebbe infatti unitaria e i “crimini contro il genere umano” verrebbero vagliati, nel contesto del «diritto internazionale», con gli stessi parametri utilizzati per il «diritto interno», cioè *ex art. 7 § 1 C.E.D.U.*

² CAP. I, § 6, spec. *sub nota* 149.

³ In questi termini anche A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 63, 2010, 131 ss., in part. 132 e 138. Similmente A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law*, cit., 416.

⁴ A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 28: «dal momento che il diritto internazionale penale altro non è che una branca del diritto internazionale pubblico, le fonti del diritto internazionale penale sono quelle tipiche del diritto internazionale».

Sulla differenza tra principi e regole v. *retro* CAP. II, § 3.

È chiaro che siffatta *reductio ad unum* giova in astratto al *nullum crimen sine iure*, giacché, alla luce dell'ordine gerarchico dettato dall'ordinamento internazionale⁵, verrebbe recuperata – pienamente e compatibilmente con lo ST. C.P.I. – la funzione sussidiaria e interpretativa dei *principi generali*.

Infatti, la punizione statale *ex post* di un *crimen iuris gentium* sarebbe legittima al metro della Convenzione ove, passando per il diritto pattizio e consuetudinario, possa risponderci affermativamente in punto di accessibilità (*accessibility/accessibilité*) e prevedibilità (*foreseeability/prévisibilité*) del divieto; divieto che i *general principles*, purché consolidatisi anteriormente alla commissione del fatto, potrebbero al più specificare in senso tecnico (e non fondare).

Non sembra vi siano dubbi sulla proposta ermeneutica da preferire a livello dottrinale. Certo, si tratta di una interpretazione che *de facto* sterilizza la portata eversiva dei principi generali in seno all'art. 7 § 2; nondimeno essa è giustificata dalla necessità di tenere conto (anche) delle *sopravvenienze* normative intervenute dalla sua introduzione⁶.

Questo studio risulterebbe però incompleto se l'esame teorico fosse disgiunto da una verifica empirica modulata sulla giurisprudenza convenzionale⁷.

⁵ Secondo A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 29: «[p]rima 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 [...]»; non si dimentichi che per questo A., in materia di principi generali, vale la tripartizione della cui autonomia abbiamo dubitato, v. Cap. II, § 4.

⁶ Oltre alla già indicata configurazione del *nullum crimen* nel diritto penale internazionale contemporaneo (Cap. II, § 5), dovremo quindi interrogarci sui rapporti con l'art. 49 C.D.F.U.E. (v. *infra* nelle *Conclusioni*).

⁷ Le decisioni in cui l'art. 7 § 2 C.E.D.U. è stato direttamente o indirettamente evocato – tutte reperibili, ove non diversamente segnalato, all'indirizzo www.echr.coe.int. – sono: Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, 20 ottobre 2015; Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, 18 luglio 2013; Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010; Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, 17 marzo 2009; Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008; Corte E.D.U., III sez., *Kononov c. Lettonia*, 24 luglio 2008; Corte E.D.U., *Jorgic c. Germania*, 12 luglio 2007; Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, 7 dicembre 2006; Corte E.D.U., *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006; Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17

Sennonché, i passaggi argomentativi troppo sbrigativi (quando non apodittici) del(la maggior parte del)le pronunce rendono il compito tutt'altro che agevole.

Sotto il profilo del metodo, allora, esigenze di sistematizzazione impongono di focalizzarci su due aspetti interconnessi: *a)* il meccanismo di funzionamento e *b)* l'ampiezza dello spettro applicativo del § 2.

A) Nel primo caso dovremo accertare, in buona sostanza, quale ricostruzione ermeneutica caldeggia (*rectius*, impone) la Corte E.D.U., *viva vox Conventionis*, sul rapporto tra paragrafi dell'art. 7 C.E.D.U.⁸ (regola-eccezione *generalizzabile* o regola-eccezione *ristretta/chiarificazione*);

B) Nel secondo, invece, dovremo capire se la clausola di Norimberga sia confinata, come pare evincersi dai lavori preparatori⁹, solo alle condotte di crimini di guerra, alto tradimento e collaborazionismo con i nazisti, oppure se la stessa possa applicarsi anche al di là dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, sul presupposto – a più riprese ribadito *aliunde* dai giudici di Strasburgo – che la Convenzione è un «*living instrument*» da interpretare alla luce delle «*present-day conditions*»¹⁰, *i.e.* evolutivamente.

gennaio 2006; Corte E.D.U., *Tess c. Lettonia*, 3 dicembre 2002; Corte E.D.U., *Papon c. Francia*, 15 novembre 2001; Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001; Corte E.D.U., *K.-H. W. c. Germania*, 22 marzo 2001; Corte E.D.U., *Naletilić c. Croazia*, 4 maggio 2000; Comm. E.D.U., *Touvier c. Francia*, 13 gennaio 1997; Comm. E.D.U., *X. c. Belgio*, 18 settembre 1961, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights-1961*, L'Aja, 1962, 324 ss.; Comm. E.D.U., *X. c. Norvegia*, 30 maggio 1961, in *Collection of decisions of the European Commission of Human Rights*, 6, Strasburgo, 1961, 41 ss.; Comm. E.D.U., *De Becker c. Belgio*, 9 giugno 1958, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958, 214 ss.; Comm. E.D.U., *B. c. Belgio*, 20 luglio 1957, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1957, 239 ss. Una sintesi si trova in E. NICOSIA, *Art. 7 § 2*, in AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione Europea*, cit., 291-297.

⁸ V. *supra* CAP. II, § 6.

⁹ CAP. II, § 2.

¹⁰ Il *leading case* in argomento è Corte E.D.U., *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, in *hudoc.echr.coe.int*. Per una panoramica della giurisprudenza più rilevante cfr. G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*, 14 marzo 2012, in <https://ssrn.com/abstract=2021836>.

2. La clausola di Norimberga: meccanismo di funzionamento e ampiezza dello spettro applicativo.

Siccome «le norme della C.E.D.U. vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea»¹¹, il funzionamento *in action* dell'art. 7 § 2 è necessario per comprendere a tutt'oggi l'effettiva portata del principio di legalità convenzionale.

Ora, le ricostruzioni fin qui prospettate fanno solo e implicitamente capolino nella giurisprudenza e ciò, in uno con la timidezza di analisi giudiziale, sollecita nell'interprete la convinzione secondo cui, *per la prassi*, la clausola di Norimberga – concreto punto nevralgico nel sistema delle garanzie – si riduca a poco meno che una formula di stile: in questa materia, la Corte «non rivela, né nasconde, ma dà segni»¹².

Si tratta però di un'impressione – per definizione – superficiale. Beninteso, è difficilmente revocabile in dubbio che i giudici siano (stati), specie nelle decisioni più risalenti, estremamente parchi nelle argomentazioni; eppure, come stiamo per vedere, un esame più ponderato ci consegna nitidamente l'idea che, anche in relazione ai *crimina iuris gentium*, le istanze garantistiche sottese alla legalità penale ne escano progressivamente rafforzate, quantomeno in astratto¹³.

Tra le decisioni dell'oramai soppressa Commissione e quelle della Corte E.D.U. è visibile, infatti, un mutamento di paradigma: l'art. 7 § 2 nasce come «eccezione» – è qui il paradosso – generalizzabile alla regola¹⁴, ma, crescendo, ne diventa «propaggine»¹⁵.

¹¹ Così Corte Cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 348, § 4.7 *Considerato in diritto*, cit.

¹² «*Oute leghei, oute kryptei, allà semainei* è il celebre frammento 22 *Herakleitos* B 93, in DIELS–KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, VI ed., Berlino, 1952, riferito all'oracolo di Delfi.

¹³ V. anche T. MARINIELLO, *The Nuremberg clause*, cit. Meglio *infra*, § 5.

¹⁴ Nelle decisioni della Comm. E.D.U. questa etichetta si trova espressamente solo in *Touvier c. Francia*, cit., al § 7-*The Law*: «la Commissione deve adesso esaminare se l'eccezione di cui al paragrafo 2 dell'art. 7 sia applicabile alle circostanze del caso di specie» («*the Commission must now examine whether the exception provided for in paragraph 2 of Article 7 is applicable to the circumstances of this case*», enfasi nostra).

¹⁵ Continuando con la metafora usata nel testo, un primo sentore di crescita va rintracciato nel 2002 quando in Corte E.D.U., *Tess c. Lettonia*, cit., pag. 7, si era sostenuto che: «i due paragrafi formano piuttosto un sistema unito e devono formare oggetto di un'interpretazione concordante» («*les deux paragraphes constituent ainsi un système uni et doivent faire l'objet d'une interprétation concordante*», enfasi nostra). Quest'interpretazione è stata accolta con l'autorevolezza della Grande

Pertanto, esso è sì eccezione ma, non potendo estendersi oltre, va inteso più come «una *chiarificazione contestuale* dell'ambito di obbligatorietà di quella regola [la non retroattività], inclusa per assicurare la validità delle punizioni, dopo la seconda guerra mondiale, dei crimini commessi durante la stessa»¹⁶. In questo contesto, anche se la Corte E.D.U. non lo dirà espressamente, i principi generali del diritto finiscono per diventare uno dei contenuti (accanto a trattati e consuetudini) del «diritto internazionale» *ex* § 1.

La ragione è facilmente intuibile.

Allontanatisi gli spettri dell'esperienza nazionalsocialista, i giudici prendono atto del lento consolidamento del *nullum crimen* in seno alla comunità internazionale¹⁷ e, per l'effetto, non ritengono più di avallare statuti differenziati¹⁸.

Perciò, come stiamo per vedere, nella più recente casistica i *principi generali* perdono autonoma considerazione e il fulcro del problema transita dalla loro (in)capacità tipizzante e irretroattività – questioni invero affrontate dalla dottrina – a quello della sussistenza dei requisiti di accessibilità e prevedibilità del *diritto internazionale* a fondamento della sentenza domestica di condanna.

A fortiori, se il parametro valutativo della legalità è *oggi* unitario al punto da stemperare *de facto* la forza precettiva della clausola, la Corte deve pervenire alle medesime conclusioni in rapporto allo spettro applicativo dell'art. 7 § 2.

Camera in *Kononov c. Lettonia*, ove si afferma: «i due paragrafi dell'art. 7 sono interconnessi e vanno interpretati in modo concordante» («*the two paragraphs of Article 7 are **interlinked** and are to be interpreted in a **concordant manner***» § 186, enfasi nostra).

¹⁶ V. Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 72: «[a]rticle 7 § 2 is only a **contextual clarification** of the liability limb of that rule, included so as to ensure that there was no doubt about the validity of prosecutions after the Second World War in respect of the crimes committed during that war», enfasi nostra. Nello stesso senso v. Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 188.

¹⁷ In senso conforme anche T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg Clause'*, cit., 240.

¹⁸ Viene allora meno quel «modello “alternativo” di legalità» evidenziato da M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, cit., 261.

Più in generale, il rapporto osmotico tra la giurisprudenza penale internazionale e giurisprudenza E.D.U. è ben evidenziato da W. A. SCHABAS, *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 597 ss. Cfr. altresì A. CASSESE, *International Criminal Law*, New York, 2005, 45 che oggi giorno ravvisa una «graduale compenetrazione e *cross-fertilization* di aree del diritto internazionale prima in qualche modo compartimentalizzate».

Detto altrimenti, il *self-restraint* dei giudici non può che configurarsi come un epilogo naturale, non essendovi (*più*) ragione di estendere la previsione – a vantaggio di esigenze di giustizia sostanziale, ma a detrimento dell’individuo – oltre l’originario campo di azione.

Sul punto, a rigore, si assiste inizialmente a un potenziale ampliamento, che è stato applicato ai crimini contro l’umanità¹⁹, mentre è venuto solo astrattamente in rilievo per i crimini di guerra commessi durante il secondo conflitto mondiale ad opera di appartenenti alle forze alleate (e non dai nazisti)²⁰.

Successivamente, per i fatti più recenti, *i.e.* commessi durante o dopo il crollo dei regimi filosovietici dell’Europa orientale oppure al di fuori dello spazio europeo, i giudici hanno operato, tranne in qualche caso, una provvida delimitazione, servendosi (quasi) sempre del § 1²¹.

Alla luce di queste premesse, formulate a mo’ di guida nelle pieghe un diritto vivente laconico, va letta la casistica in argomento che riconduciamo a tre paradigmi: “eccezionalista”, “intermedio” e, infine, “garantista”²².

3. Il paradigma “eccezionalista”. Le decisioni della Commissione E.D.U. nel solco della *ratio ispiratrice*.

La più risalente giurisprudenza della Commissione E.D.U. si muove nel solco della *ratio ispiratrice* della clausola di Norimberga, applicando l’eccezione solo ai crimini di guerra nazisti che, secondo il modello della persecuzione penale²³, venivano repressi dalle Corti domestiche in virtù di incriminazioni retroattive.

¹⁹ Comm. E.D.U., *Touvier c. Francia*, cit. e Corte E.D.U., *Papon c. Francia*, cit.

²⁰ Cfr. *Kononov c. Lettonia*, 24 luglio, 2008, § 147, in cui la III sez. della Corte, investita di questa specifica doglianza, decide di non esaminarla, avendo già utilizzato l’art. 7 § 1 (*modus procedendi* adottato anche dalla Grande Camera, 17 maggio 2010, cit., nella medesima controversia).

²¹ L’estensione è stata disattesa in Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit.; Corte E.D.U., *K.-H. W. c. Germania*, cit.; *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, cit.; *Penart c. Estonia*, cit.; *Jorgic c. Germania*, cit.; *Korbely c. Ungheria*, cit.; *Ould Dah c. Francia*, cit. (per fatti accaduti in Mauritania); *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, cit.; Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit. Al contrario, essa è stata (anche indirettamente) affermata nei casi Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, cit., *Naletilić c. Croazia*, cit.

²² Ogni vicenda esaminata presenta specifiche criticità. Tuttavia, per non smarrire l’obiettivo, potremo dare conto dei profili problematici solo in maniera sintetica.

²³ CAP. I, § 3.

Si tratta per lo più di decisioni di irricevibilità dei ricorsi in cui il rinvio ai lavori preparatori, come giustificazione convenzionale della punizione *ex post facto*, è costante e ritenuto dai giudici esaustivo²⁴.

Così nel caso *B. c. Belgio* l'art. 7 § 2 viene utilizzato per legittimare (si badi, indirettamente) l'applicazione dell'art. 9 della legge belga del 9 agosto 1948 che, introdotto successivamente al *tempus delicti*, comminava – a titolo di ulteriore conseguenza penale – la perdita del diritto alla pensione per chi in passato era stato già condannato²⁵.

Lo stesso *modus procedendi* è adottato in *X. c. Norvegia* e in *X. c. Belgio*. Nel primo caso, la Commissione avalla, con un espresso rinvio alla decisione precedente, la punizione del capo dell'Esercito e della Marina norvegesi, avvenuta in base a un atto normativo del 1942 con cui il governo in esilio aveva criminalizzato l'appartenenza all'Unione Nazionale (*i.e.* il partito fascista di Vidkun Quisling, fiancheggiatore di Hitler)²⁶; nel secondo, conferma la condanna retroattiva di un soldato belga per attività di collaborazionismo con l'esercito tedesco occupante²⁷.

Analogo epilogo ha la decisione *De Becker c. Belgio*.

Il ricorrente, redattore-capo del giornale *Le Soir*, era stato accusato di collaborazionismo e infine condannato a diciassette anni di reclusione, con privazione, *inter alia*, del diritto di esercitare la professione *ex art. 123 sexies* del codice penale belga, introdotto *ex post*. I giudici dichiarano irricevibile la doglianza relativa alla violazione dell'art. 7 C.E.D.U., giacché, malgrado la retroattività della previsione, «il secondo paragrafo dello stesso art. 7 estromette dalla garanzia gli atti che, al momento in cui sono stati commessi, erano criminali secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili, e la Commissione considera tali i fatti di collaborazionismo»²⁸.

²⁴ V., *e.g.*, Comm. E.D.U., *B. c. Belgio*, cit., 241. Si riporta nuovamente, per comodità del lettore, lo stralcio in questione: «questo testo» [*i.e.* il § 1] «non influisce sulle leggi promulgate nelle circostanze assolutamente eccezionali alla fine della Guerra mondiale per reprimere i crimini di guerra e i fatti di tradimento e di collaborazionismo e non comporta alcuna condanna giuridica o morale di queste leggi» (Doc. A, 15 febbraio 1950, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, vol. II, L'Aja, 1976, 262-263, trad. nostra).

²⁵ Comm. E.D.U., *B. c. Belgio*, cit.

²⁶ Comm. E.D.U., *X. c. Norvegia*, cit.

²⁷ Comm. E.D.U., *X. c. Norvegia*, cit.

²⁸ Comm. E.D.U., *De Becker c. Belgio*, cit. La citazione è mutuata da R. PELLOUX, *L'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'affaire De Becker*, in

In queste pronunce, l'uso del paradigma "eccezionalista", per quanto problematico, risulta essere "fisiologico".

3.1. *L'eccezione generalizzata: i casi Touvier e Papon.*

Nell'ambito di questo modello, una menzione a parte meritano i casi *Touvier*²⁹ e *Papon*³⁰, controversie sorte nell'ordinamento giuridico francese e definite, ancora una volta con la "classica" statuizione di irricevibilità, rispettivamente dalla Commissione e dalla Corte E.D.U.³¹ La ragione di questo specifico interesse riposa nell'estensione del raggio d'azione dell'eccezione che, malgrado il silenzio dei lavori preparatori, finisce per abbracciare anche i crimini contro l'umanità³².

Paul Touvier, dirigente della milizia francese del Rodano durante l'occupazione tedesca, veniva processato per un'esecuzione sommaria di sette ebrei civili a Rillieux-Le-Pape (29 giugno 1944), realizzata dopo l'omicidio del ministro Philippe Henriot da parte delle forze di resistenza.

Al fine di pervenire alla statuizione di responsabilità, le Corti interne si erano interrogate essenzialmente su due profili connessi: la sussumibilità dei fatti all'interno della categoria dei crimini contro l'umanità e il regime di prescrizione, disciplinato dall'unico articolo della L. n. 64-1326 del 26 dicembre 1964: «*i crimini contro l'umanità, come definiti dalla risoluzione delle Nazioni Unite del 1° febbraio 1946, prendendo atto della definizione dei crimini contro l'umanità*

Annuaire français de droit international, 8, 1962, 330 ss., 332-333: «le second alinéa du même article 7 place en dehors de la garantie les actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, et la Commission considère comme tels les faits de collaboration», cui si rinvia per l'esame dei profili della decisione attinenti all'art. 10 C.E.D.U.

²⁹ Comm. E.D.U., *Touvier c. Francia*, cit., commentata da P. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione di crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, cit.

³⁰ Corte E.D.U., *Papon c. Francia*, cit.

³¹ Le vicende *Barbie* (conosciuto come "il macellaio di Lione"), *Touvier e Papon* hanno fornito un contributo essenziale all'elaborazione dei crimini contro l'umanità nell'ordinamento francese. Tuttavia, in questa sede ci interessano solo i riflessi convenzionali delle ultime due controversie: pertanto, salvo le precisazioni che saranno fatte nel prosieguo, rinviamo per un'analisi più approfondita a M. C. BASSIUNI, *Crimes against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, New York, 2011, in part. 672-679.

³² Sugli elementi costitutivi dei crimini contro l'umanità v. CAP. I, § 4.1.

contenuta nella Carta del Tribunale Internazionale dell'8 agosto 1945, sono imprescrittibili per loro natura»³³.

Con sentenza del 13 aprile 1992, la Corte di Appello di Parigi riteneva i reati oggetto di contestazione comuni, giacché nella pregressa giurisprudenza erano state qualificate come “*crimes contre l'humanité*” le condotte dirette contro gli oppositori a una politica di egemonia ideologica; requisito che il governo filonazista di Vichy, di cui il Touvier era esponente, non possedeva. Ne conseguiva la dichiarazione di prescrizione³⁴.

Sennonché, la Corte di cassazione annullava la decisione, sul presupposto che, al contrario, i fatti addebitati integrassero la categoria dei crimini contro l'umanità e fossero pertanto imprescrittibili. Si apriva così la via per la condanna definitiva³⁵.

Davanti alla Commissione E.D.U. vengono proposti gli stessi motivi rigettati in sede domestica, ma l'esito non cambia. In primo luogo, i giudici di Strasburgo ritengono la legge francese sull'imprescrittibilità meramente dichiarativa dei principi positivizzati nello Statuto del Tribunale di Norimberga³⁶. Successivamente e senza procedere ad alcuna riqualificazione, verificano se lo spettro applicativo del § 2 racchiuda anche la categoria di crimini in esame:

«[I]l paragrafo 2 dell'art. 7 mira a precisare che l'articolo non incide sulle leggi che, nelle circostanze assolutamente eccezionali verificatesi alla fine della seconda guerra mondiale, sono state varate per reprimere i crimini di guerra e i fatti di tradimento e collaborazione con il nemico e non intende condannar[le] né giuridicamente né moralmente. [La

³³ V. *Journal officiel*, 29 dicembre 1967, p. 17.788.

³⁴ C. App. Parigi, 13 aprile 1992 in *Gazette du Palais*, 1992, 1, 387 ss. Siffatto requisito era stato affermato nella sentenza *Barbie*.

Molto critici R. PINTO, *L'affaire Touvier: Analyse critique de l'arrêt du 13 avril 1992*, in *Journal du Droit International*, 1992, 607 ss. e M. C. BASSIUNI, *International Criminal Law*, vol. 3, *International Enforcement*, Leiden, 2008, secondo cui lo scetticismo con il quale i tre giudici della Corte si sono approcciati alle prove è stato «sconcertante», 340.

³⁵ La sentenza della Cassazione è stata pronunciata il 27 novembre 1992 ed è pubblicata in *Bullettin Criminel*, 1993, 770 ss. Per ulteriori notizie sulla vicenda interna e la doglianza (rigettata) di *ne bis in idem*, v. P. DE SENA, *op. cit.*, 395-396.

³⁶ Comm. E.D.U., *Touvier*, cit., § 7: «[l]a Commissione constata inoltre che i crimini contro l'umanità e la loro imprescrittibilità furono consacrati dallo Statuto del Tribunale internazionale di Norimberga annesso all'accordo dell'8 agosto 1945 e che una legge francese del 26 dicembre 1964 vi si riferisce espressamente per disporre che i crimini contro l'umanità sono imprescrittibili», trad. nostra.

Commissione] ritiene che *questo ragionamento valga ugualmente per i crimini contro l'umanità*»³⁷.

In cauda venenum.

Malgrado la dichiarata natura eccezionale della clausola di Norimberga, la Commissione effettua, senza motivare alcunché, un'operazione (eufemisticamente) discutibile tanto a intenderla come interpretazione estensiva, quanto – *a fortiori* – a concepirla in termini di analogia *in malis*: nel primo caso, perché non chiarisce quali sono gli elementi di affinità (in effetti assenti) che consentono di proiettare i crimini contro l'umanità nell'ambito dei possibili significati letterali dei crimini di guerra³⁸; nel secondo caso, perché, sebbene nel sistema C.E.D.U. manchi un divieto affine al nostro art. 14 disp. prel., il risultato *in malam partem* è tradizionalmente censurato dall'angolo prospettico dell'art. 7 § 1 e, comunque, restringe notevolmente i diritti di libertà sanciti dalla Convenzione³⁹.

Il medesimo stilema apodittico si ravvisa nella vicenda di Maurice Papon (ufficiale del governo di Vichy, poi divenuto segretario della prefettura della Gironda e Ministro delle Finanze francese), condannato dalle Corti interne per complicità negli arresti, sequestri arbitrari, omicidi (consumati e tentati) e deportazioni verso Auschwitz di numerosissimi ebrei.

Secondo la Corte di legittimità tali condotte erano riconducibili al novero dei crimini contro l'umanità; pertanto non sarebbe stata richiesta, ai fini della responsabilità a titolo di concorso, né l'adesione alla politica di egemonia ideologica dell'autore principale (come aveva

³⁷ Comm. E.D.U., *Touvier*, cit., *ibid.*, enfasi e trad. nostre.

³⁸ Per tutti v. G. DE VERO, *Corso*, cit., 275: «l'interpretazione c.d. estensiva [...] si muov[e] pur sempre nell'ambito dei possibili significati *letterali* attribuibili all'enunciato normativo». I crimini contro l'umanità, essendo caratterizzati dalla sistematicità delle condotte e dalla politicità del disegno repressivo sono agli «antipodi» dei crimini di guerra contemplati dai lavori preparatori.

³⁹ V. P. DE SENA, *op. cit.*, 405-411. L'A. nota che «le stesse incongruenze, nonché le discutibili conseguenze interpretative che si accompagnano all'*estensione* dell'art. 7, par. 2, alla fattispecie dei crimini contro l'umanità, appaiono globalmente riconducibili, in ultima analisi, proprio alla scelta – chiaramente conservatrice – di *ancorare* l'interpretazione della norma in esame alle ragioni per cui la medesima era stata concepita in origine», 412. Per queste ragioni egli propone una diversa interpretazione, che, *supra* Cap. II, § 6, abbiamo denominato *variante del coordinamento*.

infine chiarito la Cassazione nel caso *Touvier*), né l'appartenenza a un'organizzazione dichiarata fuorilegge dal T.M.I.⁴⁰.

Dinnanzi alla Corte E.D.U., il ricorrente si doleva invano di tale *revirement* imprevedibile e con effetti *in malam partem*. Per i giudici di Strasburgo, infatti,

«il paragrafo 2 dell'articolo 7 [...] prevede espressamente che [esso] non invalidi la sentenza e la punizione del colpevole di un'azione o omissione, che al momento in cui è stata commessa, era criminale secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili, cosa che accade per il crimine contro l'umanità, la cui imprescrittibilità è stata consacrata dallo Statuto del Tribunale internazionale di Norimberga annesso all'accordo interalleato dell'8 agosto 1945 e da una legge francese del 26 dicembre 1964, che vi si riferisce espressamente per disporre che i crimini contro l'umanità sono imprescrittibili»⁴¹.

Nelle trame della pronuncia il *caso Touvier* viene espressamente richiamato. È naturale allora che i suoi *deficit* si riverberino anche su questa vicenda.

3.2. L'eccezione generalizzata: i casi Naletilič e Linkov.

Le altre due decisioni in cui il rapporto tra paragrafi dell'art. 7 C.E.D.U. è ricostruito squisitamente in termini *regola-eccezione generalizzabile* (e, nei fatti, generalizzata) sono *Naletič c. Croazia*⁴² e *Linkov c. Repubblica Ceca*⁴³.

Nella prima si può riscontrare il *modus (non) interpretandi* a più riprese criticato; nella seconda, invece, la clausola di Norimberga viene in rilievo solo implicitamente.

Mladen Naletilič, cittadino croato in stato di custodia cautelare in un procedimento pendente davanti alla Corte della Contea di Zagreb, veniva indagato per crimini contro l'umanità, gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra, nonché violazioni delle leggi e dei costumi di guerra dal T.P.I.J. e a quest'ultimo infine consegnato dopo due decisioni

⁴⁰ Cass. Crim., 23 gennaio 1997, in *Jurisclasseur périodique*, 1997, II, n. 22, 812 ss.

⁴¹ Corte E.D.U., *Papon.*, cit., § 5 – *En droit*, trad. nostra.

⁴² Corte E.D.U., *Naletič c. Croazia*, cit.

⁴³ Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, cit.

conformi adottate, rispettivamente, dalla Corte suprema e dalla Corte costituzionale.

A Strasburgo, oltre che per la lesione dell'art. 6 § 1 C.E.D.U., il ricorrente si doleva del rischio di vedersi applicare una pena di gran lunga più aspra di quella che la corte croata gli avrebbe potuto comminare (l'ergastolo contemplato nello ST. T.P.I.J, rispetto alla reclusione non superiore a venti anni); cosa che avrebbe concretato – a suo dire – una violazione del principio di legalità.

Ancora una volta troppo rapidamente i giudici asseriscono:

«anche assumendo che l'art. 7 debba applicarsi al caso concreto, la specifica disposizione a venire in rilievo sarebbe il paragrafo 2 e non il primo. Ciò significa che il secondo periodo del paragrafo 1 invocato dal ricorrente non può trovare applicazione»⁴⁴.

Cosa che equivale, da un canto, ad attribuire ai principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili la capacità di determinare il trattamento sanzionatorio e, dall'altro, a estromettere radicalmente l'applicabilità di una *lex mitior*, senza adeguatamente motivare sul punto.

Nella vicenda con protagonista Václav Linkov la Corte dichiara, invece, la violazione dell'art. 11 C.E.D.U., posto a presidio – com'è noto – della libertà di riunione e associazione⁴⁵.

Più precisamente, il ricorrente si vede rigettare dal Ministero dell'Interno ceco la domanda di iscrizione del «Partito Liberale», tra i cui scopi programmatici vi era quello di introdurre una *giusta punizione dei reati commessi dai regimi comunisti, fascisti e da altre pericolose ideologie*⁴⁶; e ciò per contrarietà degli strumenti giuridici avanzati –

⁴⁴ Corte E.D.U., *Naletič c. Croazia*, cit., § 2 – *The Law*, trad. nostra.

⁴⁵ Il testo dell'art. 11 C.E.D.U. è il seguente:

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi.

2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

⁴⁶ Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, cit., § 6.

vale a dire, in primo luogo, l'imprescrittibilità e punizione retroattiva dei crimini – con la Costituzione e l'integrità dello Stato⁴⁷.

La Corte E.D.U. accoglie il ricorso presentatole, giudicando sproporzionata la restrizione imposta dalle autorità domestiche, sebbene la stessa mirasse a garantire – è questo il punto – il *nullum crimen*. La ragione riposa ancora nell'art. 7 § 2 che, stando alle parole dei giudici, «è finalizzato a introdurre un'eccezione al principio di irretroattività, dal momento che possono presentarsi situazioni», come quella in esame, «in cui un legislatore statale sia costretto a ricorrere a una legge penale retroattiva. Questo ragionamento, secondo gli autori della Convenzione, era specialmente», ma – viene da chiosare – non esclusivamente «valido per i crimini di guerra commessi nel corso della seconda guerra mondiale e per i crimini contro l'umanità»⁴⁸.

Ora, tralasciando la tendenziosità dell'ultima affermazione, giacché l'estensione dello spettro applicativo del § 2 ai crimini contro l'umanità è avvenuta – come prima evidenziato – in via pretoria e non in base a un'interpretazione letterale dei lavori preparatori, al lettore non sarà certo sfuggito un particolare. Infatti, il raggio d'azione della clausola di Norimberga è stato ampliato non solo nello spazio, ma altresì nel tempo, finendo per ricomprendere anche i fatti commessi dopo il secondo conflitto mondiale.

La Corte immagina l'obiezione e, al fine di prevenirla, afferma lapidariamente «di non doversi pronunciare su un qualsivoglia parallelismo tra quanto accaduto in Europa durante la seconda guerra mondiale e gli eventi sopraggiunti nel territorio dell'antica Cecoslovacchia tra il 1948 e il 1989». Piuttosto, si limita a evidenziare come la transizione politica e la condanna del regime comunista, ai sensi delle leggi nazionali n. 480/1991 e n. 198/1993, lascino ritenere le finalità del costituendo Partito Liberale compatibili con «le regole democratiche» e con il «senso dell'eccezione prevista dall'art. 7 § 2»⁴⁹.

I casi *Naletič* e *Linkov* rappresentano plasticamente l'«effetto cortocircuito» cui la clausola di Norimberga può dare luogo se stirata fino a incorporare anche oggetti e periodi avulsi dalla sua *ratio*. Insomma, queste prime pronunce delineano il quadro di una

⁴⁷ Da Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, cit., § 7. Ai §§ 9-10 si apprende che sia la Corte suprema, sia la Corte costituzionale avevano respinto i ricorsi interni sulla base di un'argomentazione analoga: la contrarietà delle leggi *ex post facto* al principio democratico e immodificabile (*sic!*) di legalità.

⁴⁸ Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, cit., § 41, trad. nostra.

⁴⁹ Corte E.D.U., *Linkov*, cit., § 42.

disposizione che sotto il profilo delle garanzie individuali è duttile (cioè strumentalizzabile), ingombrante e aleatoria.

4. Il paradigma “intermedio”. Tra generalizzazione e garanzia.

La (in)sostenibilità di questo paradigma è davanti agli occhi. La sua “voracità” veicola l’idea che con alcuni tipi di autori non si deve, mai e a nessuna latitudine, scendere a patti⁵⁰.

Il rafforzamento a livello internazionale del principio di legalità e il consolidamento (a livello pattizio e consuetudinario) dei *crimina iuris gentium* non potevano tuttavia lasciare insensibili i giudici di Strasburgo. Il graduale abbandono del § 2 a favore del «diritto internazionale» ex § 1 ne è prova: in questa nuova prospettiva, i ricorsi non sono più dichiarati *sic et simpliciter* inammissibili, ma vengono esaminati (spesso con esito negativo per il ricorrente) nel merito.

Prima dell’affermazione del modello garantista, però, nella giurisprudenza E.D.U. fa rapidamente capolino un *paradigma intermedio*. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità convenzionale di condanne comminate per crimini internazionali all’indomani del crollo dei regimi comunisti filosovietici, la Corte utilizza ancora come parametro decisivo la generalizzazione della clausola di Norimberga, incominciando però ad argomentare anche in base al *diritto internazionale*.

Emblematici in questo senso sono i casi *Kolk e Kislyiy c. Estonia*⁵¹ e *Penart c. Estonia*⁵², relativi, ancora una volta, a crimini contro l’umanità. La seconda decisione riprende quasi testualmente l’apparato motivazionale della prima. Pertanto, dopo una concisa esposizione dei fatti, le illustreremo unitariamente.

⁵⁰ A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., 162 paragona questi effetti a quelli propri del diritto penale del nemico.

⁵¹ Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, cit., commentata da A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law*, cit.; A. SACCUCCI, *Repressione dei crimini contro l’umanità ed irretroattività della legge penale nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2007, 160 ss.

⁵² Corte E.D.U., *Penart c. Estonia*, cit., con commento di A. SACCUCCI, *op. loc. ult. cit.*

4.1. (Segue): *i casi Kolk-Kislyiy e Penart c. Estonia.*

August Kolk, investigatore presso il Ministero della Sicurezza Nazionale della Repubblica socialista sovietica estone, e Petr Kislyiy, ispettore presso il Ministero dell'Interno, venivano processati per la deportazione di popolazione civile dall'Estonia (occupata ai tempi dall'Unione Sovietica) in aree remote dell'URSS (marzo 1949) e nel 2004 condannati in via definitiva dalla Corte di appello di Tallinn, ai sensi dell'articolo 61-1 § 1 c.p. del 1994⁵³, per crimini contro l'umanità.

Vladimir Penart, capo del Dipartimento Elva del Ministero dell'Interno della Repubblica socialista sovietica estone, veniva condannato, ai sensi della medesima disposizione, per crimini contro l'umanità consistenti nell'aver pianificato, diretto e partecipato all'uccisione di civili (O.R.R. e P.M.) in fuga dalle repressioni sovietiche.

Davanti alla Corte E.D.U., i tre ricorrenti lamentano la violazione dell'articolo 7.

Da un lato, sostengono che i crimini contro l'umanità non erano previsti dal Codice penale sovietico applicabile nel territorio estone al tempo dei fatti (le fattispecie erano state introdotte solo nel 1994).

Dall'altro, evidenziano che le condotte non erano state realizzate *prima o durante* il secondo conflitto mondiale, né in connessione con crimini di guerra o contro la pace e, pertanto, non sarebbero rientrate (come invece affermato in sede domestica per confutare l'argomento dell'irretroattività) nella giurisdizione del T.M.I. di Norimberga.

Del resto – continuano – le stesse non potevano neanche qualificarsi come crimini contro l'umanità in virtù del diritto internazionale ai tempi vigente, essendo basate su atti che, nell'ordinamento sovietico, erano legittimi e, pertanto, non lasciavano paventare una condanna futura.

⁵³ La traduzione italiana dell'articolo riportato in Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy*, cit., p. 4 è la seguente: «i crimini contro l'umanità, genocidio incluso, come definiti nel diritto internazionale, vale a dire, la commissione volontaria condotte con lo scopo di sterminare totalmente o parzialmente un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, un gruppo resistente a un regime di occupazione o un altro gruppo sociale, l'uccisione di o l'inflizione di sofferenze fisiche o mentali estremamente gravi a, gli atti di tortura su un membro di tale gruppo, il rapimento di bambini, l'attacco armato, la deportazione o l'espulsione della popolazione nativa in caso di occupazione o annessione e le privazioni o restrizioni economiche, politiche o sociali dei diritti umani, sono puniti con la reclusione da 8 a 15 anni o con l'ergastolo».

I giudici di Strasburgo osservano che, a causa dell'occupazione sovietica, l'Estonia non era stata in grado di adempiere ai suoi impegni internazionali; ragione per cui la *Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità* è stata sottoscritta solo il 21 ottobre 1991 e il codice penale emendato il 9 dicembre 1994.

Aggiungono tuttavia che la deportazione e l'assassinio di civili erano espressamente contemplati come crimini contro l'umanità dall'art. 6(c) St. T.M.I. di Norimberga. Nonostante quest'ultimo fosse stato istituito per punire i principali criminali di guerra dei Paesi dell'Asse per fatti commessi prima o durante la guerra, i principi ivi contenuti hanno «validità universale»⁵⁴, come dimostrato, e.g., dalla *Risoluzione n. 95 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* dell'11 dicembre 1946 e, poi, dalla *Commissione di diritto internazionale*. Da ciò consegue che «la responsabilità per crimini contro l'umanità non può essere limitata soltanto ai cittadini di certi Paesi e soltanto agli atti commessi nello specifico contesto temporale della Seconda Guerra Mondiale»⁵⁵. D'altronde, l'articolo I (b) della *Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità* (cui l'Estonia si è vincolata, assumendo l'obbligo di attuarne le disposizioni all'interno del proprio ordinamento) prevede che proprio i crimini contro l'umanità non vadano in prescrizione, a prescindere dalla data della loro commissione e dalla circostanza che siano stati realizzati in tempo di guerra o in tempo di pace⁵⁶.

Alla luce di queste premesse la Corte afferma:

«l'art. 7 § 2 della Convenzione prevede espressamente che questo articolo non pregiudicherà il processo e la punizione di un soggetto per

⁵⁴ Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy*, cit., p. 8.

⁵⁵ Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy*, cit., p. 9. A. Cassese, *Balancing the Prosecution*, cit., osserva come, pur essendo corretta l'allegazione sull'universalità, la Corte E.D.U. trascuri la circostanza che, al tempo dei fatti, i principi di Norimberga trovavano applicazione se i crimini contro l'umanità venivano realizzati *in connessione con o in esecuzione di* crimini di guerra. «In altre parole, il legame indispensabile tra quei crimini e la guerra non era ancora stato reciso», 413, trad. nostra. Secondo l'A., sarebbe stato più corretto affermare che i principi di Norimberga si applicavano perché i crimini contro l'umanità erano stati realizzati insieme a un altro crimine di competenza del T.M.I.: la guerra di aggressione, 414.

⁵⁶ Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy*, cit., p. 9 sostiene che l'imprescrittibilità dei crimini era prevista anche dallo Statuto di Norimberga. *Contra* A. CASSESE, *Balancing The Prosecution*, cit., 414, il quale fa notare che, se ciò fosse stato vero, non vi sarebbe stata la necessità di redigere la Convenzione del 1968 sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità.

qualsiasi azione o omissione che, al tempo in cui fu commessa, costituiva reato secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Ciò è vero per i crimini contro l'umanità, rispetto a cui l'imprescrittibilità è stata sancita dallo Statuto di Norimberga»⁵⁷.

L'elemento di novità che consente alle decisioni di guadagnare un rilievo a sé stante riposa nella specificazione – adesso *ad colorandum*, ma ben presto *ad excludendum* – che, anche ove si accantonasse la clausola di Norimberga, le condotte – lecite per il diritto sovietico – sarebbero comunque vietate dal *diritto internazionale* vigente al tempo della loro realizzazione.

Infatti, l'Unione Sovietica era parte dell'Accordo di Londra istitutivo del Tribunale di Norimberga e membro delle Nazioni Unite che l'11 dicembre 1946 avevano proclamato i Principi di Norimberga.

I ricorrenti, in quanto pubblici ufficiali, non potevano non sapere.

Le pronunce non vanno esenti da critiche.

Secondo autorevole dottrina, infatti, nel 1949 non esisteva un principio generale del diritto in virtù del quale le nazioni civili proibissero i crimini contro l'umanità⁵⁸: il divieto era semmai contemplato dai trattati (la Carta di Norimberga, appunto) e in via consuetudinaria (formatasi a seguito dei numerosi processi celebrati nel dopoguerra⁵⁹).

Eppure il rapporto tra legalità convenzionale e *crimina iuris gentium* si avvia adesso a una svolta decisiva in senso più garantista.

5. Il paradigma “garantista”. Introduzione.

La prassi più recente abbraccia un modello *astrattamente* idoneo a bilanciare giustizia materiale e formale, punizione dello Stato e protezione dallo Stato. Per le ragioni già indicate, la Corte archivia la clausola di Norimberga, sussumendo i crimini internazionali nella categoria del «diritto internazionale» *ex art. 7 § 1 e*, conseguentemente, valuta la loro *accessibilità e prevedibilità*; elementi qualitativi, sino a

⁵⁷ Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy*, cit., *ibid.*; Corte E.D.U., *Penart c. Estonia*, cit., p. 9: «The Court reiterates that Article 7 § 2 of the Convention expressly provides that this Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg International Tribunal».

⁵⁸ A. CASSESE, *Balancing The Prosecution*, cit., 415-416.

⁵⁹ Riferimenti al CAP. I, § 4.

questo momento, ritenuti indefettibili per la conformità del solo «diritto interno» alla C.E.D.U.

Il metodo dunque cambia.

Si «deve poter disporre», in primo luogo, «di indicazioni adeguate, in base alle circostanze del caso, sul diritto applicabile» (*accessibilità*). Va inoltre considerata «“legge” solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; facendo eventualmente ricorso a consigli chiarificatori, questi deve avere la possibilità di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato» (*prevedibilità*)⁶⁰.

Certamente, l'adozione di questa tecnica incrementa intellegibilità e razionalità del *decisum*.

Una cosa è applicare il § 2 come argomento *Knock-down* e chiudere (*rectius*, impedire) a monte qualsivoglia argomentazione, come accaduto nelle vicende ascritte al paradigma “eccezionalista” in cui – si è visto – la clausola di Norimberga ha svolto solo la funzione di *conversation stopper*⁶¹.

Ben altra cosa è sforzarsi di motivare sulla chiarezza e sulla conoscibilità del divieto internazionale al *tempus delicti* (anche in assenza di una norma incriminatrice nazionale, comunque introdotta successivamente), provando a creare un circolo virtuoso tra i «momenti di garanzia espressi dall'insieme dei principi fondamentali della materia»⁶², dove – sia detto incidentalmente – il legame di natura

⁶⁰ Le citazioni sono tratte dal *leading case* Corte E.D.U., *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, § 49 in *hudoc.echr.coe.int*.

⁶¹ *Knock down-argument* e *conversation stopper*, insieme a *trump card* (asso nella manica), sono concetti usati nei discorsi giuridico-filosofici critici intorno al bene *dignità umana* (v., e.g., A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, *passim*) di cui i crimini internazionali sono, in fin dei conti, la più atroce violazione. La clausola di Norimberga trova dunque una giustificazione (invero non tanto) implicita nell'esigenza di salvaguardare il valore intrinseco dell'essere umano.

Sennonché, anche la protezione dagli arbitri punitivi statali ne è *proiezione*: inibendo ogni dialettica, l'art. 7 § 2 C.E.D.U. produce *in concreto* lo stesso *effetto ghigliottina* dell'altro lascito nazionalsocialista in seno alla Convenzione, l'art. 17 C.E.D.U. (v. CAP. II, § 1, nota 1); effetto esasperato dall'ampliamento applicativo della previsione.

⁶² L'espressione è di G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 16.

intellettuale tra fatto e autore – secondo *Sud Fondi srl e al. c. Italia* compreso nell’art. 7 C.E.D.U.⁶³ – non resti mero ornamento lessicale. Insomma, siffatto approccio convenzionale al *nullum crimen* internazionale contribuisce a rendere il *diritto fondamentale* a una punizione giusta (cioè, innanzitutto, intellegibile e non retroattiva) più concreto⁶⁴: non si rinuncia a istanze *lato sensu* preventive, ma si condanna l’art. 7 § 2 C.E.D.U. all’obsolescenza funzionale⁶⁵.

Beninteso, il nuovo paradigma non va aprioristicamente acclamato. Per funzionare in senso autenticamente garantista esso necessita che *a*) i criteri impiegati per la verifica dei requisiti qualitativi *ex* § 1 siano appropriati; *b*) gli stessi requisiti qualitativi siano tendenzialmente anelastici. Eppure – come la casistica pertinente rivelerà a breve – nessuna di queste condizioni è sempre pienamente soddisfatta: la *prima*, perché la Corte utilizza spesso parametri normativi (*i.e.*, trattati) contenenti solamente obbligazioni in capo agli Stati e non attinenti alla responsabilità penale degli individui⁶⁶; la *seconda*, perché i giudici censurano il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* solo nella misura in cui esso sia irragionevolmente imprevedibile⁶⁷. Se poi si considera che, in linea generale, a Strasburgo «nella base ontologica del giudizio di prevedibilità, accanto a «variabili» giuridico-normative» sono inclusi «vaghissimi e inafferrabili elementi di carattere socio-politico e culturale (iniziative e dibattiti parlamentari, progresso culturale, evoluzione della coscienza sociale)»⁶⁸ anche di carattere soggettivo, si capisce perché la dichiarata conformità alla regola *ex* art. 7 § 1 C.E.D.U. (*sub specie* di prevedibilità) finisce molto spesso per ratificare fenomeni di retroattività occulta⁶⁹.

⁶³ Corte E.D.U., *Sud Fondi srl. e al c. Italia*, 20 gennaio 2009, in *hudoc.echr.coe.int.*, commentata da F. MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.; G. PANEBIANCO, *Il principio “nulla poena sine culpa” al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1326 ss., 1344-1347.

⁶⁴ In questo senso v. T. MARINIELLO, *The ‘Nuremberg Clause’*, cit., 237.

⁶⁵ Tuttavia, v. *infra* (*Conclusioni*) per un (si spera improbabile) scenario in cui la clausola possa essere recuperata.

⁶⁶ V., *e.g.*, Corte E.D.U., *K.H.W c. Germania*, cit.; Corte E.D.U., *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit.; Corte E.D.U., *Kononov c. Lettonia*, cit. T. MARINIELLO, *The ‘Nuremberg Clause’*, cit., 243-244.

⁶⁷ Per tutti, V. MANES, *Art. 7§ 1*, cit., 274-275.

⁶⁸ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 142-142.

⁶⁹ Con estrema chiarezza V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, 138 e 143 osserva: «è ovvio che il *range* operativo della garanzia intertemporale dipenderà da *quanti* e *quali* fattori entreranno a comporre la base ontologica del giudizio di ragionevole prevedibilità/imprevedibilità. In particolare, *più si allarga* il ventaglio dei parametri

5.1. (Segue): *prove di collaudo. I casi Streletz, Kessler, Krenz c. Germania e K.-H.W c. Germania.*

Le problematiche appena denunciate si intravedono già nelle sentenze *Streletz, Kessler, Krenz e K.H.W*⁷⁰ relative ai processi per gli omicidi al Muro di Berlino, celebrati dopo la riunificazione della Germania⁷¹.

Beninteso, esse sono cronologicamente anteriori (2001) al definitivo passaggio dal paradigma “eccezionalista” a quello garantista (2010)⁷². L’uso dell’art. 7 § 1 da parte della Corte si giustifica qui in virtù della riserva avanzata dal Governo tedesco, in sede di ratifica della Convenzione (13 novembre 1952), al § 2: «in conformità all’art. 64 della Convenzione [...] la Repubblica federale tedesca si riserva di applicare solamente la previsione *ex art. 7 § 2* nei limiti dell’art. 103 § 2 della Costituzione. Esso statuisce che una condotta è punibile solo se preveduta dalla legge come reato prima della sua commissione»⁷³.

di cui tener conto, *più si restringono* le possibilità di censurare l’epilogo ermeneutico [...U]n po’ tutto diventa prevedibile, con buona pace delle garanzie della legalità penale», corsivi dell’A.

Di prevedibilità come «nozione “in via di consolidamento” [...] afflitta da una tensione irrisolta tra dimensione oggettiva, quale requisito generale e astratto della norma penale, e dimensione soggettiva, quale giudizio di esigibilità personale e requisito di colpevolezza a carico dell’agente» parla D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., 211.

⁷⁰ In argomento v. P. DE SENA, *Modelli di responsabilità individuale e giustizia di transizione. Il caso delle guardie di confine della Germania democratica*, in AA. VV., *Giustizia e letteratura II*, a cura di G. FORTI – C. MAZZUCATO – A. VISCONTI, Milano, 2014, 681 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., 343-350; SONJA C. GROVER, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Berlino-Heidelberg, 2010, 217-230; B. JURATOWITCH, *Retroactive Criminal Liability and International Human Rights Law*, in *British YearBook of International Law*, 2005, 337 ss.; R. MILLER, *Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, 653 ss.; G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte Europea*, in *Diritti dell’uomo - cronache e battaglie*, 2001, 5 ss.

⁷¹ Per un esame approfondito dei processi dal punto di vista nazionale v. i contributi di E. M. AMBROSETTI, R. MUHM e G. VASSALLI citati al CAP. I, § 5.1, nota 143.

⁷² Che abbiamo prima individuato (v. *supra* nota 15) in Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., anticipato da Corte E.D.U., *Tess c. Lettonia*, cit., del 2002.

⁷³ Il passaggio è citato in Corte E.D.U., Grande Camera, *K.-H.W. c. Germania*, § 40, trad. nostra. *Contra* P. DE SENA, *Modelli di responsabilità individuale e giustizia di transizione*, cit., 692 nota 44, secondo cui la dichiarazione è piuttosto riconducibile «alla categoria degli *Extensive statements or statements purporting to*

Pertanto, il congedo dalla clausola di Norimberga è in un certo senso imposto e momentaneo (tant'è che le decisioni posteriori vi faranno nuovamente ricorso⁷⁴).

Vediamole più da vicino.

Ergon Krenz (ultimo presidente della *Deutsche Demokratische Republik*, nel prosieguo *DDR* o *RDT*), Fritz Streletz e Heinz Kessler – al tempo dei fatti alti ufficiali del Consiglio nazionale di difesa – venivano condannati in qualità di autori mediati per l'uccisione di una decina di fuggitivi tra il 1984 e il 1989, avendo contribuito ad autorizzare l'uso di armi da fuoco e mine antiuomo al confine tra le Germanie.

K.-H. W. era invece un militare, reo di un omicidio commesso alla frontiera nella notte tra il 14 e 15 febbraio 1972.

Secondo le loro difese, i fatti erano stati realizzati sotto il manto protettivo del § 27 della *Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik* (o, più semplicemente, *Grenzgesetz*) del 25 marzo 1982. La disposizione scriminava l'impiego di armi da fuoco «per impedire l'imminente perpetrazione o prosecuzione di un reato che si presenti, in relazione alle circostanze, come crimine (*Verbrechen*)» (comma 1)⁷⁵, precisando come «si d[ovesse] risparmiare se possibile la vita delle persone» e prestare soccorso (comma 5)⁷⁶; siccome il § 213 *StGB DDR* puniva l'attraversamento illegale di frontiera (*Ungezüglicher Grenzübertritt*)⁷⁷, gli omicidi non avrebbero dovuto considerarsi antigiuridici.

undertake unilateral commitments [...] se non, più semplicemente, alla categoria delle dichiarazioni sulle modalità di applicazione interna di un trattato». Ciò perché nei giudizi interni il *BVerfG* aveva già ritenuto che l'art. 103, par. 2, *GG* dovesse retrocedere, non potendosi riscontrare – vista l'estrema ingiustizia che caratterizzava il sistema – alcun affidamento sull'impunità da parte degli imputati (v. *infra* nota 79).

⁷⁴ Cfr. *supra*, §§ 3.2-4.1.

⁷⁵ Critico G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 95, nota 92, secondo il quale non è agevole comprendere quando si determini il presupposto della necessità di impedire un fatto che dalle circostanze si presenti come un *Verbrechen*, specie in ragione del fatto che – come stiamo per vedere – il § 213 *StGB DDR* contiene una mera esemplificazione delle condotte vietate.

⁷⁶ La traduzione italiana del testo dei commi 2 e 5 può leggersi in G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 88, nota 84.

⁷⁷ L'applicazione del *StGB DDR* ai reati commessi nella Germania Est prima dell'unificazione era prevista dall'art. 315 disp. prel. del codice penale tedesco, modificato dall'*Einigungsvertrag* del 31 agosto 1990, che rinviava *ex* § 2 *StGB* alla «legge vigente al tempo del fatto».

È appena il caso di notare che l'attraversamento integrava gli estremi del *Verbrechen* – rispetto a cui l'uso delle armi era lecito – solo nelle ipotesi più gravi (esemplificativamente indicate dal § 213 nel passaggio illecito del confine con porto d'armi o con mezzi o metodi pericolosi, nella commissione del fatto con una particolare intensità o insieme ad altre persone ecc.) e non certo nel caso in cui i civili fossero inermi. Era semmai la prassi governativa a imporre di aprire il fuoco (*Schiessbefehl*), decorare i militari più “diligenti” e a non avviare procedimenti penali.

Bisognava pertanto comprendere se l'esercizio del magistero punitivo dopo l'unificazione violasse, *inter alia*⁷⁸, il divieto di irretroattività sancito dall'art. 7 C.E.D.U.⁷⁹

⁷⁸ I ricorrenti lamentano senza successo anche la violazione dell'art. 2 § 2 C.E.D.U., che – in ipotesi tassative, nel caso di specie assenti – consente di limitare il diritto alla vita e dell'art. 1 C.E.D.U. sull'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo invocato insieme al divieto di discriminazione di cui all'art. 14 C.E.D.U.

⁷⁹ In generale, sulla validità del § 27 *Grenzesetz* e, quindi, sull'eventuale violazione del divieto di irretroattività in caso di condanna per omicidio, la giurisprudenza domestica era intervenuta a più riprese. Ad esempio, la prima sentenza della Corte federale tedesca in argomento (*BGH*, 3 novembre 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, 141 ss.) aveva dichiarato inefficace la scriminante (*rectius*, la relativa prassi interpretativa) in virtù della *seconda formula* di Radbruch, riletta alla luce del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 (l'art. 6 statuisce infatti che «il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve esser protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita»; mentre l'art. 12, comma 2 stabilisce che «ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio») per manifesta intollerabilità. Allo stesso risultato, ma tramite argomentazioni diverse era pervenuto il *Bundesgerichtshof*, 25 marzo 1993, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 39. Band, 168 ss.: qui la *formula* era rimasta sullo sfondo, essendosi fatto riferimento soltanto alla necessità, non assecondata, che la RDT si uniformasse ai principi del diritto internazionale (v. E. M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, cit., 26; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 98-101).

Quanto alle specifiche vicende al nostro esame, il *BundesVerfassungsgericht*, sent. 24 ottobre 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 929 ss., pronunciandosi congiuntamente, aveva salvaguardato le condanne: il principio di irretroattività, quantunque parte essenziale dello Stato di diritto («in condizioni di democrazia, di separazione dei poteri e di impegno costituzionale»), diventerebbe relativo davanti a un ordinamento giuridico estraneo alla giustizia sostanziale, qual era quello della RDT in cui, pur sanzionandosi l'omicidio, i cittadini venivano esortati a compierlo («[I]a rigorosa protezione della fiducia assicurata dall'art. 103 comma secondo della Legge fondamentale deve retrocedere»). Ciò in uno con l'invalidità del § 27 *Grenzesetz* proclamata a più riprese dal *Bundesgerichtshof* aveva fatto ritenere al *BVerfG* che le norme sull'omicidio rivivessero (le citazioni della sentenza sono

La Corte dà risposta negativa, motivando non solo con riguardo al «diritto interno», ma anche rispetto al «diritto internazionale» *ex* § 1.

Sotto il primo profilo, la prassi governativa viene ritenuta soccombente rispetto alla dignità umana (tutelata dall'art. 19 *Grundgesetz*), come del resto dimostrato dalla circostanza che il § 213 *StGB DRR* e il § 27 *Grenzgesetz* indicavano l'uso della violenza come ultima *ratio*, imponendo di salvaguardare la vita⁸⁰.

Ricostruito in termini comuni il requisito dell'accessibilità, le due vicende vengono *apparentemente* distinte in punto di prevedibilità.

L'idea di una condanna futura non poteva certo essere peregrina per Streletz, Kessler e Krenz che, in virtù della posizione apicale ricoperta, «avevano implementato e sostenuto quel regime [derogatorio], facendo prevalere sul diritto scritto, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, ordini segreti e istruzioni di servizio per il consolidamento e il miglioramento dei meccanismi di protezione del confine e per l'uso delle armi»⁸¹.

Al contrario, il ventenne K.-H.W. era stato indottrinato, come tutte le reclute del *Nationale Volksarmee* (NVA), a ubbidire all'ordine superiore di proteggere il confine “costi quel che costi”, correndo il rischio di subire un'indagine ove mai qualcuno fosse riuscito a passare la frontiera⁸². Ciò nonostante, secondo i giudici, l'intellegibilità dei testi legislativi ufficiali (*i.e.*, Costituzione e codice penale) e la manifesta criminalità degli ordini impartiti rendono operativo il principio *ignorantia legis non excusat*⁸³.

«È legittimo per uno Stato di diritto processare coloro che hanno commesso reati sotto il precedente regime; analogamente le Corti dello Stato successore non possono essere criticate per avere applicato e interpretato le disposizioni vigenti al tempo dei fatti alla luce dei principi propri dello Stato di diritto»⁸⁴, tanto più che il *revirement* giudiziale è elemento ineliminabile persino quando le norme siano formulate in maniera chiara.

mutuate da G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 112-113, cui si rinvia anche per una sintesi del vivace dibattito tedesco sul punto, 119-142).

⁸⁰ Si veda il già menzionato obbligo di soccorso di cui al § 27, comma 5, *Grenzgesetz*. Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit., § 73 e Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., § 67.

⁸¹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit., § 78, trad. nostra.

⁸² Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., § 71.

⁸³ Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., §§ 73 e 75.

⁸⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit., § 81; Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., § 84, trad. nostra.

Insomma, avuto riguardo al diritto interno, «quella prassi, che ha privato di sostanza la legislazione sulla quale avrebbe dovuto basarsi e che è stata imposta a tutti gli organi della RDT, inclusa la magistratura, non può essere considerata “legge”», ecco l’eco radbruchiana, «ai sensi dell’art. 7 della Convenzione»⁸⁵.

Il responso della Corte non muta neppure se i fatti sono vagliati alla luce del diritto internazionale.

Gli articoli 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, 6 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, 2 § 1 C.E.D.U. a protezione del diritto alla vita, da un lato, e gli articoli 2, § 2 del Protocollo addizionale n. 4 C.E.D.U. e 2, § 2 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici, in materia di libertà di circolazione, dall’altro lato, sono fonti accessibili ai ricorrenti e lasciano chiaramente prevedere la possibilità di una sentenza di condanna, dal momento che le condotte in esame non rientrano nel novero di eccezioni dagli stessi contemplate⁸⁶.

Valutati dal punto di vista politico, i casi *Streletz, Kessler, Krenz* e *K.-H.W.* mettono fine a una vicenda durata quasi un decennio e si muovono in linea di continuità con la giurisprudenza nazionale che, seppure con argomentazioni diverse⁸⁷, aveva sempre censurato gli omicidi al Muro, diversificando il trattamento sanzionatorio a seconda della diversa intensità degli apporti criminosi⁸⁸.

Tuttavia, spostando il fuoco dell’indagine sul piano giuridico, non si può fare a meno di notare come la soluzione della Corte sia opinabile, specie nel caso *K.-H.W.*

Se pare corretto escludere che la punibilità delle condotte conseguente all’avvicendamento tra Stati producesse un “effetto sorpresa” per gli alti funzionari, autori di una prassi senza dubbio *contra legem*, lo stesso non potrebbe dirsi con altrettanta sicurezza per un giovanissimo militare ammaestrato dal regime. Eppure, i giudici ritengono questo particolare

⁸⁵ Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit., § 87; Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., § 90, trad. nostra.

⁸⁶ Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, cit., §§ 92-101; Corte E.D.U., *K.-H.W. c. Germania*, cit., §§ 94-101.

⁸⁷ V. *supra* nota 79.

⁸⁸ Positivo in questo senso il giudizio di G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 8: «attendarsi che dieci anni di giurisprudenza della Germania unificata (compresa quella della Corte costituzionale), per giunta a ciclo oramai praticamente concluso, fosse dichiarata contraria alla Convenzione europea sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali era attendersi veramente troppo».

superabile e «con uno sforzo ai limiti dell'irreale»⁸⁹, benché il diritto interno fornisse già una risposta (potenzialmente favorevole al ricorrente), fanno appello alle fonti internazionali; fonti rivolte agli Stati, ma a rigore silenti in merito alla responsabilità penale dei singoli. Il richiamo al diritto internazionale finisce dunque per svolgere due funzioni distinte: integrativa in *Streletz, Kessler, Krenz*; costitutiva in *K.-H.W.*

In entrambi i casi, però, il divieto di retroattività acquista una componente *teleologico-soggettiva*⁹⁰: la sua violazione può essere dichiarata ove in capo all'autore di un fatto risulti la consapevolezza della sua liceità e la convinzione di non essere punito. Se, nondimeno, l'individuo era astrattamente in grado di conoscere «l'esistenza di divieti giuridici insuperabili»⁹¹, posti da norme internazionali a protezione dei diritti dell'uomo, l'applicazione di una pena è convenzionalmente conforme.

5.1.2. (Segue): prove di collaudo. Il caso Tess c. Lettonia.

Se le vicende appena esaminate consentono di apprezzare *in nuce* le modalità operative del paradigma garantista, il caso *Tess c. Lettonia* consegna per la prima volta all'interprete la “nuova” funzione svolta dal § 2 al suo interno.

Lo ripetiamo per evitare equivoci linguistico-concettuali: la clausola di Norimberga da vera e propria eccezione generalizzata al divieto di retroattività diventa semplice strumento per illustrarne la portata.

A partire da questa sentenza, la Corte E.D.U. dichiarerà che il principio di irretroattività è “generale” e una sua deroga non potrà essere ammessa neppure ai sensi del § 2, il cui campo d'azione è circoscritto alla legislazione nazionale retroattiva adottata all'indomani del secondo conflitto mondiale.

Detto ancora diversamente, esiste sì un'eccezione, ma – piaccia o meno – essa vale solamente nello specialissimo caso dell'esperienza nazionalsocialista: per usare le parole dei giudici, si tratta di una «*dérogation exceptionnelle*», di cui non può darsi una lettura slegata dal

⁸⁹ G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 7.

⁹⁰ Di «*divieto teleologico* derivante dal legittimo affidamento che ogni singolo consociato ripone nelle legge penale» parla D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., 258, corsivo dell'A.

⁹¹ G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 8.

§ 1, ovvero di «un système uni [qui] doi[t] faire l’objet d’une interprétation concordante»⁹².

È in questa accezione (se si vuole, stipulativa) che può parlarsi di *funzione chiarificatrice* della *clausola di Norimberga*.

Per il resto, la vicenda, essendosi conclusa con una dichiarazione di irricevibilità per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, non presenta profili di interesse che ci inducano a indugiare sui fatti di causa.

5.2. (Segue): *il caso Kononov c. Lettonia*.

Il paradigma “garantista” trova definitiva consacrazione nel caso *Kononov c. Lettonia*⁹³.

Il lettone Vasiliy Kononov – capo di un gruppo militare denominato “partigiani rossi” – veniva condannato per avere maltrattato, ferito e ucciso alcuni abitanti del villaggio lettone (poi dato alle fiamme) di Mazie Bati, sospettati di collaborare con l’esercito nazista.

I fatti, risalenti al maggio 1944, erano ascritti dalla Corte Suprema alla categoria dei crimini di guerra *ex art. 68, comma 3, c.p.*, introdotto nel 1993, che – a fini definitivi – faceva rinvio alle «pertinenti convenzioni giuridiche internazionali»⁹⁴: nel caso di specie, la Convenzione di Ginevra del 1949 sulla protezione dei civili in tempo di guerra, l’art. 25 Regolamento Aja del 1907, l’art. 23 b del Regolamento Aja del 1907⁹⁵.

La III sez. della Corte E.D.U. accoglie il ricorso, statuendo la violazione del principio di irretroattività; la Grande Camera, invece, “riforma” la sentenza di prima istanza, sostenendo che al *tempus delicti* i crimini di guerra erano sufficientemente definiti dal *diritto internazionale*.

Sono essenzialmente tre le questioni su cui i giudici di Strasburgo hanno deciso in maniera difforme: *a*) la qualificazione delle vittime (trovate in

⁹² Corte E.D.U., *Tess c. Lettonia*, cit., pag. 7, per la traduzione v. *supra* nota 15.

⁹³ Corte E.D.U., III sez., *Kononov c. Lettonia*, 24 luglio 2008, con commento di S. C. GROVER, *The European Court of Human Rights*, cit., 253 ss.; G. PINZAUTI, *The European Court of Human Rights’ Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law. A Critical Discussion of Kononov v. Latvia*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 1043 ss. e Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010, su cui v. E. FRONZA – M. SCOLETTA, *Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov*, in *Ius17@unibo*, 3/2011, 89 ss.

⁹⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 48.

⁹⁵ Riferimenti in E. FRONZA – M. SCOLETTA, *Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale*, cit., 92.

possesso di armi e munizioni appartenenti al *Wehrmacht*) alla stregua di *civili* o di *combattenti*; b) l'individuazione della base legale internazionale della condanna; c) l'accessibilità e la prevedibilità.

Beninteso, dallo *status* delle vittime dipende la rilevanza dei fatti a titolo di *war crimes*: per il diritto internazionale umanitario, infatti, i combattenti sono obiettivi militari legittimi, i civili no. I giudici della III sezione notano, in primo luogo, che i Regolamenti della Convenzione Aja 1907 non contengono una definizione di *popolazione civile*. Inoltre, a differenza delle Corti interne, escludono l'utilizzabilità dell'art. 50 del Protocollo addizionale delle Convenzioni di Ginevra relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (8 giugno 1977). È vero – sostengono – che esso contiene una presunzione in virtù della quale chi non appartiene (o vi è il dubbio appartenga) a una delle categorie di combattenti indicate all'art. 4 lett. a), n. 1, 2, 3 e 6 va considerato un civile⁹⁶, nondimeno la disposizione è stata adottata trent'anni dopo i fatti di causa e non può essere applicata retroattivamente. Inoltre, la circostanza che le Convenzioni di Ginevra del 1949, sicura evoluzione del diritto internazionale umanitario, non ne contenessero una di analogo tenore lascia pensare all'assenza di una regola consuetudinaria.

Per la Corte E.D.U., «non c'è niente che dimostri che, ai sensi dello *jus in bello* vigente nel 1944, un individuo non ascrivibile formalmente allo

⁹⁶ L'art. 4 lett. a) della Terza Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1944 recita: «sono prigionieri di guerra, ai sensi della presente Convenzione; le persone che, appartenendo ad una delle seguenti categorie, sono cadute in potere del nemico: 1) i membri delle forze armate di una Parte in conflitto, nonché i membri delle milizie e dei corpi volontari che fanno parte di queste forze armate [...]; 2) i membri delle altre milizie e degli altri corpi di volontari, compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti ad una Parte in conflitto e che operano fuori o all'interno del loro territorio, anche se questo territorio è occupato, sempreché queste milizie o questi corpi di volontari, compresi detti movimenti di resistenza organizzati, adempiano alle seguenti condizioni: a. abbiano alla loro testa una persona responsabile dei propri subordinati; b. portino un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza; c. portino apertamente le armi; d. si uniformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi della guerra [...]; 3) i membri delle forze armate regolari che dipendono o da un'autorità non riconosciuti dalla Potenza detentriche [...]; 6) la popolazione di un territorio non occupato che, all'avvicinarsi del nemico, prenda spontaneamente le armi per combattere le truppe d'invasione senza aver avuto il tempo di organizzarsi come forze armate regolari, purché porti apertamente le armi e rispetti le leggi e gli usi della guerra».

status di combattente fosse automaticamente da ricondurre alla categoria dei civili e potesse godere delle relative garanzie»⁹⁷.

La questione ha evidentemente carattere pregiudiziale.

Trattandosi di vittime qualificabili, quasi *de residuo*, come “combattenti” in ragione del possesso di armi fornite dall’esercito tedesco, il ricorso viene rigettato, senza il bisogno di applicare l’art. 7 § 2. Esso viene in realtà evocato solo per dichiarare lapidariamente che «anche qualora [lo] si ritenga applicabile al caso di specie, l’operazione del 27 maggio 1944 non potrebbe essere considerata “criminale secondo i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili”»⁹⁸.

Diversa è la valutazione della Grande Camera.

I giudici classificano le vittime alternativamente, vale a dire *combattenti* oppure *civili che hanno partecipato alle ostilità* (per avere trasmesso informazioni all’amministrazione militare tedesca), valorizzando la circostanza – pretermessa dalla III sezione – che le stesse al momento dell’attacco non portavano armi (erano cioè “a riposo”, *hors de combat*). Ciò significa, nel primo caso, che esse avrebbero avuto diritto a un trattamento umano (e non a un’esecuzione sommaria)⁹⁹; nel secondo, che, alla luce del diritto consuetudinario, avrebbero potuto essere attaccate *solo finché* parti attive nei combattimenti¹⁰⁰.

Chiarito in questo modo che la condotta del ricorrente integra gli estremi dei crimini di guerra, la Corte può esaminare le due questioni rimaste assorbite nel precedente giudizio.

A tali fini, la base legale della condanna viene ricostruita tramite una copiosissima messe di “fonti”, prassi e principi che, integrando gli estremi di una consuetudine internazionale, avrebbero sancito la responsabilità penale individuale per crimini di guerra già al *tempus delicti*¹⁰¹: il codice *Lieber* del 1863, «considerato come il primo

⁹⁷ Corte E.D.U., III sez., *Kononov c. Lettonia*, cit., § 131. A rigore i giudici distinguono tra la situazione delle vittime: il frammento appena riportato si riferisce ai sei uomini uccisi. Quanto alla situazione delle tre donne, invece, l’assenza di specifici riscontri su un loro eventuale contributo di partecipazione a vantaggio delle forze tedesche induce la Corte a prospettare entrambe le qualifiche, ma il risultato pratico non cambia: se *combattenti* gli atti dovevano ritenersi ammessi dello *jus in bello*; se *civili* i reati dovevano considerarsi prescritti.

⁹⁸ Corte E.D.U., III sez., *Kononov c. Lettonia*, cit., § 147. Come stiamo per vedere il su questo profilo la Grande Camera sarà ancora più “parsimoniosa”.

⁹⁹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 202 indica alle note 4, 5, 6 le fonti da cui si ricava questa regola di *jus in bello*, v. *infra* nel testo.

¹⁰⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 203.

¹⁰¹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., §§ 207 ss. per l’

tentativo di codificare leggi e usanze di guerra [, che s]ebbene applicabile solo alle forze americane [...] ha influenzato le codificazioni successive»¹⁰²; l' *Oxford Manual* del 1880 che prevedeva espressamente la *punizione* delle violazioni delle leggi e delle usanze di guerra; i Trattati di Versailles e di Sèvres, stipulati a conclusione della prima guerra mondiale; l'insieme di norme pattizie sul conflitto armato tra Stati, che va sotto il nome di *Diritto di Ginevra* (i.e. le omonime Convenzioni del 1864, 1906 e 1929) e il *Diritto dell'Aja* (vale a dire la IV Convenzione del 1907 e i suoi regolamenti), che la sentenza sui *Major War Criminals* del T.M.I. di Norimberga ha ritenuto espressione di norme consuetudinarie¹⁰³; le conclusioni del *Judge Advocate General* nel processo istruito dalle Corti marziali americane nei confronti delle Filippine (1899-1902); i processi di Lipsia e contro gli ufficiali turchi; i principi di Norimberga.

Quanto a accessibilità e prevedibilità, la Grande Camera evidenzia che esse dipendono, *inter alia*, dal destinatario del divieto: «chi svolge attività professionale deve procedere con un elevato *standard* di cautela e prendere, se del caso, le misure specifiche per governarne i rischi»¹⁰⁴.

Essa fa inoltre riferimento alle sentenze *Streletz et al.* e *K.-H.M.* dove – lo abbiamo visto – l'esistenza dei due requisiti è stata vagliata (anche) al metro degli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani¹⁰⁵, specificando l'irrilevanza 1) del mancato riferimento da parte del codice penale militare al diritto internazionale, 2) della mancata pubblicazione né in URSS, né nella Repubblica socialista lettone delle leggi e dei costumi di guerra.

Conclude infine che, data la qualifica di sergente a capo di un plotone di sabotaggio, il ricorrente avrebbe potuto (quindi, dovuto) prevedere una punizione per il caso di violazione del diritto di guerra.

La sentenza presta il fianco ad alcune riserve.

In primo luogo, non è metodologicamente corretto valutare la base legale impiegando fonti successive alla commissione del fatto contestato (si pensi ai riferimenti ai processi di Norimberga, Tokyo e a quelli celebrati in URSS dopo il secondo conflitto mondiale)¹⁰⁶ o non

¹⁰² Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 63.

¹⁰³ V. CAP. I, §§ 4-4.2.

¹⁰⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 235, trad. nostra.

¹⁰⁵ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 236.

¹⁰⁶ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 210.

attinenti alla responsabilità penale individuale, in quanto produttive di obbligazioni in capo agli Stati (v., e.g., la IV Convenzione dell'Aja)¹⁰⁷. Inoltre, il collegamento tra qualifica soggettiva e prevedibilità non è, come parrebbe lasciare intendere la Corte, così automatico, specie se mancano nell'ordinamento domestico puntuali riferimenti normativi e non si indaga sulla "completezza" dell'addestramento militare¹⁰⁸.

In questo contesto, la clausola di Norimberga viene accantonata perché «i due paragrafi dell'art. 7 sono interconnessi e vanno interpretati in modo concordante [...] lo scopo del secondo paragrafo dell'art. 7 era quello di specificare che quest'ultimo non invalida le leggi che, nelle circostanze assolutamente eccezionali alla fine della seconda guerra mondiale, sono state approvate per punire, *inter alia*, i crimini di guerra»; crimini – dicono i giudici – che come chiarito dall'art. 6 (b) St. Norimberga, erano già contemplati dal diritto consuetudinario¹⁰⁹.

5.3. (Segue): *il caso Korbely c. Ungheria.*

Il 19 settembre 2008, dopo la sentenza della III sezione nel caso *Kononov* e prima della decisione della Grande Camera, la Corte E.D.U. si pronuncia, ancora una volta nella sua più autorevole composizione, in tema di crimini contro l'umanità, ma nel contesto della rivolta ungherese dell'ottobre 1956¹¹⁰.

¹⁰⁷ E. FRONZA – M. SCOLETTA, *op. cit.*, 98 notano che «[r]isulta quantomeno opinabile, in particolare, distillare, automaticamente e senza una giustificazione teorica, una norma penale consuetudinaria a partire da disposizioni pattizie di diritto bellico rivolte agli Stati o da dichiarazioni e documenti privi di qualsiasi fondamento normativo. [...]l riferimento indiscriminato alle più svariate "fonti" di diritto umanitario renderebbe teoricamente rilevanti come crimini di guerra tutte le violazioni delle disposizioni che possono essere ricavate da quegli atti internazionali».

¹⁰⁸ E. FRONZA – M. SCOLETTA, *op. cit.*, 99-100 che evidenziano altresì l'impossibilità di sovrapporre il caso *Kononov* e i casi *Streletz et al.* e *K.-H.M.*, giacché durante la Guerra Fredda il valore dei diritti umani era culturalmente e normativamente più consolidato rispetto al periodo del secondo conflitto mondiale.

¹⁰⁹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, cit., § 186, v. pure *supra* nota 15.

¹¹⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., con nota di T. MARINIELLO, *Irretroattività della legge penale e crimini contro l'umanità. (Note a margine di Corte europea per i diritti dell'uomo, Korbely c. Ungheria, 19 settembre 2008)*, in *Rassegna di diritto pubblico comunitario*, 2009, 489 ss., consultato nella versione word scaricabile all'indirizzo <https://research.edgehill.ac.uk>.

János Korbely, ufficiale dell'esercito, veniva processato dalle Corti interne per avere intimato ai suoi uomini di aprire il fuoco contro un gruppo di ribelli armati – capitanati da Tamás Kaszás – che aveva occupato la stazione di polizia di Tata.

Dopo un travagliato *iter* processuale¹¹¹, la Corte suprema ungherese lo condannava per crimini contro l'umanità, ai sensi dell'art. 3.1 della IV Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili in tempo di guerra (12 agosto 1949)¹¹².

Il trattato era stato incorporato nell'ordinamento domestico con D.L. n. 32/1954, ma la violazione delle condotte ivi contemplate veniva resa punibile *ex post* solo nel 1993 mediante la *legge sulla procedura relativa ad alcuni crimini commessi durante la rivoluzione d'ottobre del 1956 e la lotta per la libertà* (v. art. 1(2a) L. n. 90/1993)¹¹³.

La Grande Camera statuisce la violazione dell'art. 7 § 1 C.E.D.U: non è dimostrato che il Korbely potesse prevedere l'ascrivibilità dei propri atti al *genus* dei crimini contro l'umanità secondo il diritto internazionale.

Accertata l'accessibilità delle Convenzioni di Ginevra, tradotte ufficialmente nel 1955 e pubblicate nella Gazzetta Militare del 5 settembre 1956¹¹⁴, la Corte si sofferma su due elementi utili a riscontrare la prevedibilità della condanna: *a)* il significato della locuzione “crimini contro l'umanità” al tempo dei fatti; *b)* la qualificazione dei rivoltosi come *persone estranee alle ostilità* (o *non-combatants*) ai sensi dell'art. 3 delle Convenzioni.

Quanto al primo profilo, i tribunali interni avevano ritenuto che l'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra definisse la fattispecie di crimini contro l'umanità basandosi sulla sentenza C.I.G., *Nicaragua c. Stati*

¹¹¹ Ricostruito da Corte E.D.U., *Korbely c. Ungheria*, cit., §§ 9-48.

¹¹² Si riporta per comodità del lettore il testo dell'articolo: «Nel caso in cui un conflitto armato che non presenti carattere internazionale scoppiasse sul territorio di una delle Alte Parti contraenti, ciascuna delle parti in conflitto sarà tenuta ad applicare almeno le disposizioni seguenti: le *persone che non partecipano direttamente alle ostilità*, compresi i membri delle Forze Armate che abbiano depresso le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, *saranno trattate*, in ogni circostanza, *con umanità*, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole basata sulla razza, il colore, la religione o la credenza, il sesso, la nascita o il censo, o altro criterio analogo», enfasi nostra.

¹¹³ Riferimenti in Corte E.D.U., *Korbely c. Ungheria*, cit., § 21.

¹¹⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., § 75.

Uniti, del 27 giugno 1986¹¹⁵ e sul rapporto del Segretario generale delle NU relativo allo St. T.P.I.J.

Al contrario, i giudici di Strasburgo dichiarano come, in quanto posteriori ai fatti di causa, nessuna delle due fonti sia utilizzabile, evidenziando che il Diritto di Ginevra prevede sì regole di condotta¹¹⁶, ma non le qualifica espressamente come crimini contro l'umanità¹¹⁷.

Una tale caratterizzazione – continuano – si rinviene solo a partire dallo ST. del T.M.I. di Norimberga, a condizione tuttavia che siano presenti ulteriori elementi, pretermessi dalle Convenzioni di Ginevra: l'esistenza di un *war nexus* (*i.e.*, un collegamento tra fatto e ostilità) e la riconducibilità della condotta alla politica di uno Stato o in un attacco sistematico o su larga scala contro la popolazione civile¹¹⁸.

Ora, se «uno di questi criteri – il nesso con il conflitto armato – potrebbe aver perso rilevanza nel 1956»¹¹⁹, lo stesso non varrebbe per il secondo requisito sul quale le Corti nazionali non hanno indagato.

Nonostante ciò, la Grande Camera procede con il proprio esame, soffermandosi sulla corretta interpretazione dello *status* del *leader* dei ribelli, giacché era rispetto alla sua posizione che l'istruttoria domestica si era concentrata.

In questa prospettiva, però, Tamás Kaszás non può essere ritenuto *non-combatant* (cioè un *target* protetto dal diritto internazionale umanitario), perché non è mai emersa in modo chiaro ed inequivoco la sua volontà di arrendersi; volontà che è determinante ai fini dell'inquadramento nella categoria tutelata dall'art. 3 Convenzioni di Ginevra¹²⁰.

¹¹⁵ C.I.G., *Nicaragua c. Stati Uniti*, 27 giugno 1986, in www.icj-cij.org/case/judgments.

¹¹⁶ V. *supra*, alla nota 112, il testo dell'art. 3.

¹¹⁷ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., §§ 79-80. Come sottolinea T. MARINIELLO, *op. cit.*, alla nota 26, la sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti* si limita semplicemente a dire che l'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra è basato su elementari considerazioni di umanità...da qui all'affermazione di una responsabilità penale individuale il passo è troppo lungo.

¹¹⁸ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., §§ 80-84.

¹¹⁹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., §§ 82.

¹²⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, cit., §§ 90-91 riporta che il Kaszás teneva nascosta una pistola e, scoperto, non aveva manifestato una limpida volontà di arrendersi, ma anzi si era scontrato animatamente con il ricorrente, puntandogli contro l'arma: « [i]n queste circostanze la Corte non è convinta che alla luce degli *standard* di diritto internazionale comunemente accettati e applicabili al tempo dei fatti, si potesse dire che Tamás Kaszás abbia depresso le armi nel senso contemplato dall'art. 3», trad. nostra.

Da qui la violazione dell'art. 7 § 1 C.E.D.U., perché il fatto, in buona sostanza, non era previsto dal diritto internazionale come reato¹²¹.

La Clausola di Norimberga non viene affatto evocata nelle trame argomentative della sentenza: non tanto perché la Corte ha ritenuto «implicitamente che il comportamento in questione non potesse considerarsi criminale neppure in base ai “principi generali riconosciuti dalle nazioni civili”»¹²², ma – ci pare – perché l'obsolescenza funzionale del § 2 è ormai conclamata.

5.4 (Segue): *il caso Ould Dah c. Francia.*

Il medesimo *modus operandi* si riscontra nella sentenza *Ould Dah c. Francia*¹²³.

Nel 1999 Ely Ould Dah, ufficiale dell'esercito mauritano, veniva arrestato a Montpellier per avere commesso nel proprio paese, dilaniato dagli scontri tra cittadini di origine arabo-berbera e popolazione appartenente a gruppi etnici africani, atti di tortura. Nel 2005 era definitivamente condannato *ex art. 222-1 code pénal*.

Arresto, processo e condanna furono possibili in virtù degli artt. 689-1e 689-2 del codice di rito, che davano attuazione al principio di giurisdizione universale¹²⁴, il primo, statuendo che «[i]n base alle convenzioni internazionali richiamate dagli articoli seguenti, chi sia colpevole di avere commesso uno dei reati elencati in queste disposizioni fuori del territorio della Repubblica e si trovi in Francia

V. però la *dissenting opinion* congiunta dei giudici LORENZEN, TULKENS, ZAGREBELSKY, FURA-SANDSTRÖM e POPOVIĆ con cui si critica l'autonoma ricostruzione dei fatti operata dalla Corte, il cui compito, come invero dichiarato dalla stessa al § 72, è solo quello di accertare gli effetti dell'interpretazione domestica sui diritti garantiti dalla Convenzione.

¹²¹ La sentenza è criticabile per almeno due profili: *a*) la sbrigativa esclusione del *war nexus*, che almeno fino agli anni sessanta deve considerarsi richiesto dal diritto internazionale ai fini della sussistenza dei crimini contro l'umanità (cfr. T. MARINIELLO, *op. cit.*, 14 del *file word*: «L'abbandono del *war nexus* nel diritto internazionale consuetudinario va ricondotto all'adozione della Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra ed ai crimini contro l'umanità, il cui art. 1(b) prevede la configurabilità dei crimini contro l'umanità anche in tempo di pace») e *b*) il richiamo al requisito dell'azione espressiva della politica dello Stato, richiesto dall'art. 7 ST. C.P.I. del 1998 (v. T. MARINIELLO, *op. cit.*, 15-16).

¹²² Così invece E. NICOSIA, *Art. 7 § 2*, cit., 296.

¹²³ Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit.

¹²⁴ In argomento, nella nostra dottrina, M. A. PASCULLI, *Studio sulla giurisdizione penale universale*², Padova, 2017.

può essere processato e condannato dai tribunali francesi. Le disposizioni del presente articolo si applicheranno anche alla fattispecie tentata, qualora il tentativo sia punibile»¹²⁵; il secondo, disponendo che «[p]er l'attuazione della Convenzione contro la Tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti, adottata a New York, chiunque commetta atti di tortura ai sensi dell'art. 1 della Convenzione può essere processato e punito in virtù dell'art. 689-1»¹²⁶.

Davanti alla Corte E.D.U. il ricorrente lamenta che l'art. 222-1 *code pénal* era entrato in vigore quattro anni dopo la commissione dei fatti, la tortura era qualificata dal precedente codice come circostanza aggravante speciale e, infine, l'impossibilità di immaginare la prevalenza della legge francese su quella mauritana, che per quei reati aveva concesso l'amnistia.

Egli si duole, insomma, della violazione del principio di legalità *ex art. 7 C.E.D.U.*

I giudici di Strasburgo evidenziano, in primo luogo, che il divieto di tortura, contenuto in numerosi strumenti internazionali (la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, la Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la Convenzione stessa), è una norma inderogabile o di *jus cogens*.

Il principio di giurisdizione universale sancito dalla Convenzione delle NU sulla tortura verrebbe quindi privato di senso se gli Stati potessero esercitare solo la giurisdizione, ma non applicare le proprie norme incriminatrici. Né vale replicare che la Mauritania ha adottato una legge di amnistia, perché il suo fine precipuo – continua la Corte – non era favorire il processo di riconciliazione interna, ma semmai impedire la celebrazione di processi “sensibili”¹²⁷.

Alla luce di queste premesse viene svolto l'oramai consueto *test* di accessibilità e prevedibilità.

In questa prospettiva, la qualificazione della tortura come circostanza aggravante o come reato autonomo non risulta dirimente, giacché il legislatore francese si muove all'interno della continuità: l'ampliamento delle maglie dell'incriminazione, realizzato con l'art. 222-1, attribuisce rilevanza penale a casi ulteriori da quello in esame, che era e rimane penalmente proibito.

Per questi motivi, le «azioni [...] integrano reati definiti con sufficiente accessibilità e prevedibilità dalla legge francese e dal diritto

¹²⁵ Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., p. 5, trad. nostra.

¹²⁶ Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., *ibid.*, trad. nostra.

¹²⁷ Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., pp. 16-17.

internazionale, il ricorrente avrebbe potuto ragionevolmente prevedere [...] il rischio di essere processato e condannato»¹²⁸.

Non mancano i profili problematici riconducibili a un'accezione fluida di continuità e prevedibilità normativa¹²⁹, ma anche in questo caso – concludono i giudici – non si deve esaminare se la punizione della condanna sia giustificata o meno dalla clausola di Norimberga.

5.5. (Segue): *il caso Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina.*

Un ulteriore contributo al consolidamento dell'interpretazione più garantista della clausola di Norimberga è stato recentemente fornito dalla Grande Camera nelle cause riunite *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*¹³⁰. La pronuncia è formalmente diversa da quelle finora incontrate: la Corte si trova a giudicare non sulla dichiarazione di responsabilità, ma sull'applicazione del trattamento sanzionatorio¹³¹. Tuttavia, sebbene l'angolo prospettico sia quello del «diritto interno» *ex art. 7 § 1*, le conclusioni rispetto al profilo di nostro interesse non mutano.

¹²⁸ Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., p. 19.

¹²⁹ In un'ottica prevalentemente vittimo-centrica, ci si accontenta di una generica rilevanza penale, per cui lo specifico paradigma di imputazione oggettiva risulta indifferente («l'allegazione che al tempo essa [la tortura] non costituisse fattispecie separata, ma circostanza aggravante non è decisiva nel caso di specie», Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., p. 18, trad. nostra), dando inoltre rilievo alla conseguenza che la pena prevista dall'art. 222-1 *code pénal* non è stata applicata nella misura massima (Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, cit., p. 19).

¹³⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., commentata da L. BIN, «Formula di Radbruch», cit., F. MAZZACUVA, *La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 settembre 2013 e da J. A. SWEENEY, *Non-retroactivity, Candour and 'Transitional Relativism': A Response to the ECtHR Judgment in Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2014, 607 ss., con particolare riferimento ai problemi del relativismo giudiziario nei casi di transizione.

¹³¹ Sulla successione di leggi penali v., nella dottrina italiana, a titolo meramente esemplificativo: G. DE VERO, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, I, Torino, 2010, 47 ss.; M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 658 ss.; C. PODO, voce «*successioni di leggi penali*», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino 1982, 675 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, *sub art. 2*; P. SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. Giur.*, XXX, 1993, 5.

L'iracheno Abduladhim Maktouf e il bosniaco Goran Damjanovic venivano condannati per crimini di guerra: il primo a cinque anni di reclusione per avere agevolato il rapimento di due civili, allo scopo di scambiarli con alcuni membri dell'esercito della Repubblica della Bosnia-Erzegovina (*presa di ostaggi*)¹³²; il secondo a undici anni di reclusione per avere realizzato un pestaggio di tre ore in danno di alcuni detenuti (*tortura*)¹³³.

I ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., perché la condanna era stata pronunciata ai sensi del codice penale bosniaco del 2003 e non in base a quello vigente al tempo dei fatti (risalenti ai primi anni novanta), *i.e.* il codice del 1976.

A parità di divieto, il codice del *tempus delicti* prevedeva, da un canto, un massimo di quindici anni di reclusione, con pena riducibile sino ad un anno nelle ipotesi di agevolazione ma, dall'altro, la pena di morte nei casi più gravi (convertibile in detenzione ventennale); mentre il codice del *tempus iudicii* contemplava una cornice sanzionatoria compresa tra dieci e venti anni di reclusione (che, nei casi più gravi, diventavano venti e quarantacinque), riducibile sino a cinque anni nelle ipotesi di complicità: se il giudice nazionale avesse applicato il codice del 1976, la minore gravità delle loro condotte – definitivamente accertata in sede domestica – avrebbe portato all'irrogazione di pene inferiori.

La Grande Camera evidenzia come, in Bosnia, entrambi i codici trovino applicazione: in genere, la Corte di Stato applica il trattamento sanzionatorio previgente per le situazioni meno gravi e il codice vigente per quelle più gravi. Nelle situazioni intermedie, vi è invece incertezza. Il criterio guida in queste ipotesi è fornito dalla legge più mite in concreto:

«[n]on si può dire con certezza che entrambi i ricorrenti avrebbero ricevuto una pena minore se fosse stato applicato il codice precedente. Comunque è dirimente il fatto che essi *avrebbero potuto averlo* [...] Di conseguenza, esistendo la possibilità concreta che l'applicazione retroattiva del codice del 2003 operasse a loro svantaggio, non si può

¹³² Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 11.

¹³³ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 19.

dire che essi abbiano avuto una garanzia effettiva contro l'applicazione di una pena più grave, in violazione dell'art. 7 della Convenzione»¹³⁴.

Pertanto, il principio di legalità è stato violato.

Altrettanto interessanti ai nostri fini sono le repliche all'ulteriore argomentazione avanzata dallo Stato resistente.

Come sottolinea la Corte E.D.U., «il Governo», richiamando anche il caso *Naletilić*, «ha sostenuto che l'art. 7 § 2 della Convenzione fornisce un'eccezione alla regola di non retroattività dei reati e delle pene sancito dal § 1. In altre parole, se un fatto era penalmente rilevante sia in base “ai principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” che per il diritto nazionale, si potrebbe allora comminare una sanzione più grave di quella applicabile in virtù del diritto nazionale»¹³⁵.

La risposta è perentoria e non fa alcun *distinguishing* rispetto al precedente richiamato: lo spettro applicativo del secondo paragrafo è circoscritto alla legislazione penale retroattiva adottata per punire i fatti commessi durante la seconda guerra mondiale¹³⁶. Né è corretto asserire – come pure era stato fatto – che per salvaguardare l'interesse alla giustizia «[...] la rigidità del principio di irretroattività [sia] attenuata in certe situazioni storiche», perché anche il diritto internazionale

¹³⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 70, trad. ed enfasi nostre.

¹³⁵ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 62, trad. nostra.

¹³⁶ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 72, cfr. *supra* nota 16 per la citazione originale e la traduzione del passaggio. Molto critico J. A. SWEENEY, *op. cit.*, 612: «la Corte non ha espressamente invalidato la decisione di ammissibilità nel caso *Naletilić*, ma è assolutamente chiaro che o la sua interpretazione o quella della Corte costituzionale bosniaca», che a questa vicenda aveva pure fatto riferimento, «erano viziate».

Contra, rispetto a questa interpretazione della clausola, P. PINTO DE ALBUQUERQUE nella *concurring opinion con il giudice Vučinić*, § 10: il secondo paragrafo «ha un proprio ambito di applicazione, poiché si riferisce ai crimini che non sono stati cristallizzati né in consuetudini né in trattati, ma che già rappresentano un intollerabile affronto ai principi di giustizia, secondo la prassi di un numero rilevante di nazioni. Per evitare incertezza e assecondare l'altro aspetto del principio di legalità, vale a dire il principio di tassatività/precisione (*nullum crimen sine lege certa et stricta*) è necessario uno scrutinio accurato della prassi statale», trad. nostra. Sui rischi e le critiche connessi alla *funzione incriminatrice* dei *principi generali* rinviando alle considerazioni che abbiamo svolto *retro*, CAP. II, § 5.

umanitario, richiamato a sostegno di questa asserzione, contiene un divieto di leggi *ex post facto*¹³⁷.

5.6. (Segue): *il caso Vasiliauskas c. Lituania*.

L'ultima controversia, in cui (almeno finora) la clausola di Norimberga è stata evocata, è il caso *Vasiliauskas c. Lituania*¹³⁸.

Vytautas Vasiliauskas, *ex agente* del Ministero della sicurezza statale della Repubblica socialista sovietica di Lituania, veniva condannato per avere partecipato, in attuazione della politica di sterminio imposta dell'apparato repressivo sovietico, all'uccisione di due partigiani (2 gennaio 1953).

L'incriminazione e la condanna a titolo di genocidio poggiavano sull'art. 2 della legge del 9 aprile 1992, alla cui stregua «l'uccisione, tortura e deportazione di abitanti della Lituania commesse durante l'occupazione e annessione della Lituania da parte della Germania nazista e dell'Unione sovietica sono qualificate “genocidio” *come definito dal diritto internazionale*»¹³⁹.

Dinnanzi alla Corte E.D.U. il ricorrente evidenziava che, al *tempus delicti*, la categoria dei *gruppi politici* (all'interno della quale dovevano iscriversi le due vittime) non era compresa nella nozione interna di genocidio, ma era stata inserita nel codice penale – insieme a quella di *gruppo sociale* – con un emendamento del 21 aprile 1998¹⁴⁰.

Riteneva pertanto violato il principio di irretroattività.

Il Governo sosteneva, al contrario, che «i partigiani fossero rappresentanti della nazione lituana, [avendo] il movimento acquistato legittimazione dalla stessa società; esso riuniva persone di varia estrazione [...]». Si trattava, in poche parole, di una *parte* (non

¹³⁷ Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, cit., § 62 e 72, ove si rinvia al I e al II protocollo addizionale delle Convenzioni di Ginevra riguardo all'operatività del principio di irretroattività.

¹³⁸ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., con commento di A. MANEGGIA, *Genocidio e processi di liberazione nazionale nella sentenza “Vasiliauskas” della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2016, 255 ss.; S. PANOV, *Case of Vasiliauskas v. Lithuania in the European Court of Human Rights*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 3/2016, 81 ss.; J. ŽILINSKAS, *Vasiliauskas vs. Lithuania: Battle lost in the war to come?*, in *International Comparative Jurisprudence (online)*.

¹³⁹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 51, enfasi e trad. nostre. L'art. 3 della legge prevedeva la possibilità di applicazione retroattiva della norma penale e dichiarava il reato imprescrittibile, *ibid*.

¹⁴⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 123.

numericamente, ma qualitativamente consistente) *di un gruppo nazionale*, in quanto tale rientrante tra i soggetti passivi del reato per il diritto nazionale¹⁴¹. La punizione era quindi prevedibile.

In ogni caso, non avrebbe potuto trascurarsi, in primo luogo, che il diritto consuetudinario contemplava anche i *political groups* e, poi, che le categorie dei gruppi protetti possono sovrapporsi e intersecarsi¹⁴².

La Grande Camera ritiene sussistente la violazione dell'art. 7 C.E.D.U.

La causa della “censura di convenzionalità” risiede nel difetto di prevedibilità della condanna.

Al tempo del reato, infatti, il diritto pattizio (*i.e.*, l'art. 2 della Convenzione sul genocidio) e quello consuetudinario contemplavano solamente i gruppi «nazionali, etnici, razziali e religiosi» (con esclusione espressa, nei lavori preparatori, dei gruppi politici)¹⁴³.

Né poteva accogliersi un'interpretazione in termini qualitativo/sostanziali della nozione di “parte” di un gruppo protetto, riconducendovi i due partigiani per la posizione “prominente” da essi rivestita: un tale approdo ermeneutico è stato raggiunto dai tribunali penali *ad hoc* e dalla C.I.G. cinquant'anni dopo gli eventi in esame¹⁴⁴.

Infine, la qualificazione dei partigiani come rappresentanti del gruppo nazionale o etnico dei lituani – effettuata dalle corti interne in assenza di qualsivoglia motivazione sul significato di “rappresentanza” – proprio perché non ordinaria deve ritenersi frutto di un'interpretazione analogica *in malam partem*¹⁴⁵.

¹⁴¹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 132.

¹⁴² Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 138-139.

¹⁴³ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 170 e § 175.

¹⁴⁴ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 177. A questo proposito A. MANEGGIA, *op. cit.*, 260-261, ragionando con le tradizionali categorie convenzionali, evidenzia come l'assenza – nel periodo immediatamente successivo ai fatti – di giurisprudenza internazionale sul profilo qualitativo-sostanziale di “parte” non comporta necessariamente l'imprevedibilità della sua successiva inclusione (né, di conseguenza, la violazione del principio di irretroattività).

¹⁴⁵ Secondo A. MANEGGIA, *op. cit.*, 261: «la Corte sembra sottolineare che i partigiani possono facilmente essere considerati rappresentanti della nazione come comunità politica in lotta per l'indipendenza dello Stato, ma non altrettanto esponenti o parte sostanziale della nazione come gruppo nazionale protetto dalle norme sul genocidio». Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., §§ 179-180. Viene altresì valutata la (in)sussistenza dell'elemento soggettivo: nella percezione del ricorrente non vi era l'intenzione di uccidere i partigiani in quanto componenti del gruppo etnico (come richiesto dalla Convenzione), ma in quanto ribelli, § 181.

La risicata maggioranza con cui la decisione è presa (nove voti favorevoli e otto contrari) dimostra la sensibilità della questione al vaglio della Grande Camera.

Emblematica è l'opinione dissenziente del giudice *lituano* Kūris che, criticando la sentenza nella parte in cui censura il difetto di motivazione sulla nozione di “rappresentanza” (condizionando così il senso della decisione)¹⁴⁶, così si esprime:

«[I]e Corti esaminano il diritto dalle loro torri d'avorio. Ma vi è di più. Essi si occupano della giustizia umana. Non c'è dubbio che la giustizia deve essere letta attraverso le lenti del diritto. Ma quando si cerca la giustizia mediante il diritto bisogna guardare al cuore della questione e non soffermarsi sulle sciocchezze al punto da farle diventare decisive, anche se chiaramente non lo sono»¹⁴⁷.

Queste affermazioni devono valere e, nei fatti, valgono anche per la clausola di Norimberga che, ancora una volta in base a un modulo espositivo consolidato, viene circoscritta alla sua *ratio* ispiratrice e, pertanto, dichiarata inapplicabile nella fattispecie¹⁴⁸: giustizia attraverso il prisma del diritto.

¹⁴⁶ Il senso del biasimo si coglie limpidamente nel § 4, p. 96 della *dissenting opinion*. Facciamo parlare direttamente la fonte, cercando di preservare nella traduzione la passione che ne anima le parole: «[i]n questa causa, la Corte si è occupata di fatti auto-evidenti. È ovvio che la nazione lituana non ha abbracciato con gioia e apertamente l'occupazione. È ovvio che le repressioni dei lituani da parte del regime di occupazione avvenivano su scala massiva. È ovvio che i partigiani erano al comando di questa resistenza. È ovvio che essi avevano, almeno finché la resistenza non è stata soppressa, il più ampio supporto dalla popolazione. È ovvio che il loro obiettivo principale – una Lituania indipendente – era anche l'obiettivo principale della nazione. Ed è ovvio che, difendendo l'indipendenza, malgrado la probabilità di successo fosse scarsa, il movimento partigiano rappresentava il corpo e lo spirito della nazione lituana. Perciò, i partigiani erano una parte sostanziale ed emblematica di quella nazione. Forse che le Corti nazionale dovevano esplicitare *tutto questo* [enfasi nel testo]? Ciò avrebbe avuto forse senso nella società in cui il procedimento penale è stato deciso?».

¹⁴⁷ Giudice Kūris, *dissenting opinion* in Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., p. 98, § 8, trad. nostra.

¹⁴⁸ Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., §§ 188-189 con citazioni dei casi *Kononov* e *Maktouf and Damjanović*.

6. *Postilla. Fiat iustitia ne pereat mundus.*

Questo *excursus* ha mostrato la graduale evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in senso più garantista.

La clausola di Norimberga è una deroga al principio di irretroattività e, per queste sue potenzialità lesive, va interpretata restrittivamente. Lo stesso vale, leggendo tra le maglie delle decisioni esaminate, per *i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili*: nel sistema convenzionale essi non possono svolgere una funzione costitutiva della responsabilità (*recte*, tipicità) penale. Devono piuttosto avere un ruolo integrativo (sancito, a livello generale, dall'art. 38 lett. c) ST. C.I.G. e, con specifico riguardo alla nostra materia, dall'art. 21, § 1, lett. c) ST. C.P.I.) all'interno delle valutazioni su accessibilità e prevedibilità del divieto nel «diritto internazionale».

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, risulta ormai chiaro che in tema di crimini internazionali la transizione dal § 2 al § 1 dell'art. 7 C.E.D.U. non è una panacea, dato il pericolo di punizioni larvamente retroattive, ma, a conti fatti, è soluzione metodologicamente obbligata e corretta per coniugare, *in astratto*, giustizia sostanziale (senza avallare forme di impunità) e giustizia formale (senza comprimere eccessivamente i diritti fondamentali del singolo).

Ora, sebbene la Corte E.D.U. abbia *aliunde* affermato la necessità di un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione¹⁴⁹, in questo specifico settore sono gli stessi giudici a sbarrare la strada ad altre Norimberga.

Nelle pagine precedenti, concludendo l'esame delle premesse giuridico-filosofiche dell'art. 7 § 2 C.E.D.U., avevamo evidenziato come all'indomani del secondo conflitto mondiale l'anelito alla giustizia (*fiat iustitia*) fosse totalizzante (*et pereat mundus*)¹⁵⁰. Oggigiorno, però, anch'esso deve avere dei limiti *ne pereat mundus*, ovvero per non (ri)trasformarsi in vendetta.

¹⁴⁹ V. *supra*, § 1, nota 10.

¹⁵⁰ CAP I, § 6.

Conclusioni

Tiriamo le fila del discorso, rispondendo all'interrogativo posto nell'*Introduzione* e relativo alla funzione svolta dall'art. 7 § 2 in seno al sistema convenzionale.

Nei contesti di transizione, i crimini internazionali sottopongono a un vistoso sforzo di (r)esistenza i principi generali della materia penale. Le leggi retroattive adottate secondo il modello punitivo¹ sono espressione di un tentativo di catarsi, che è politicamente sostenuto da vittime munite di legittimazione etica a dolersi delle atrocità (più o meno direttamente) subite². In questo modo, però, l'ordinamento abdica a una delle garanzie più importanti per i consociati, inclusi gli *hostes humani generis*.

Si ripropone – su un piano affine, ma al contempo diverso – il conflitto tra politica e giustizia che aveva tanto turbato Carrara da renderlo «sventuratamente convinto che [esse] non nacquero sorelle» e fargli credere che «è vanità sperare che la scienza subordini a precetti giuridici assoluti le misure e i provvedimenti, che in circostanze di turbamenti eccezionali saranno sempre praticamente guidati dalla sola paura, la quale fra tutti i sentimenti è quella che meno ragiona»³.

La clausola di Norimberga nasce proprio in un contesto culturale di “contraddizione”, dove la legalità non è ancora principio di sovranità, ma massima di giustizia bilanciabile⁴. In questa temperie, i principi generali del diritto sono il mezzo – oscuro, ma fortemente evocativo – per proiettare nel “processo di convenzionalità” il dramma di un intero popolo (quello ebraico) e, al contempo, i rimorsi della comunità degli Stati, incapaci di prevenirlo e (forse) in cerca di un'assoluzione morale. Del resto, come abbiamo visto, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è uno dei lasciti più importanti dell'esperienza nazionalsocialista.

¹ Beninteso, uno dei possibili paradigmi della *giustizia di transizione* e attualmente recessivo v. CAP. I, § 3.

² G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 168.

³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1889, 676. Sono le ragioni per cui l'illustre maestro si astenne dal dedicare le sue pagine anche ai delitti politici.

⁴ CAP. I, spec. § 6.

Sennonché, dileguatisi gli epiloghi spettrali del secondo conflitto mondiale e consolidatasi nell'ordinamento internazionale la consapevolezza che vi è un diritto oltre la giustizia dei vincitori⁵, il ruolo di questa vistosa eccezione al divieto di irretroattività, in passato – come visto – estesa, viene progressivamente ridimensionato: la previsione si è quindi trasfigurata in un mero ornamento lessicale⁶.

Insomma, malgrado non contenga espliciti limiti spaziali o temporali, il secondo paragrafo dell'art. 7 C.E.D.U finisce oggi per svolgere una funzione *mnestico-monitoria*: esso ricorda il e ammonisce sul passato nazista, sottintendendo però che la civiltà giuridica nata dalle sue ceneri non può più formalmente rinunciare al principio di irretroattività.

Nel contesto europeo, tuttavia, il diniego di una funzione ultra-attiva alla clausola di Norimberga va confrontato con l'art. 49 § 2 C.D.F.U.E., che ne riprende quasi *verbatim* la formulazione⁷.

Da un lato, è difficile immaginare processi per i crimini nazisti a distanza di più cinquant'anni (la Carta di Nizza del 2000 è stata infatti riproclamata a Strasburgo nel 2007 e, a partire dal 2009 in virtù del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati - art. 6, § 1, T.U.E.); il che rende *prima facie* praticabile l'individuazione di margini applicativi ulteriori alla previsione, negati – lo ripetiamo – dalla Corte E.D.U.⁸

Dall'altro lato, però, tale interpretazione è frenata proprio dalle *spiegazioni* alla Carta di Nizza-Strasburgo, che rinviano alla C.E.D.U.⁹ Relativamente all'art. 49 esse infatti recitano così: «[q]uesto articolo riprende la regola classica della irretroattività delle leggi e delle pene in materia penale. Vi è stata aggiunta la regola della retroattività della legge penale più mite, esistente in vari Stati membri e che figura nell'articolo 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici. L'art. 7 della CEDU è redatto come segue [...] Si è semplicemente soppresso al

⁵ Come abbiamo visto soprattutto al CAP. II.

⁶ Cfr. CAP. III.

⁷ V. CAP. II, §§ 1-2, anche per i riferimenti all' "analogo" testo dell'art. 15 § 2 Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

⁸ In questo senso L. BIN, *op. cit.*, 19-21.

⁹ Le *Spiegazioni* sono prive dello *status* di legge, ma vengono concepite dell'U.E. stessa come «un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta» (v. proprio il testo delle *Spiegazioni* reperibile a questo indirizzo:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)).

paragrafo 2 il termine «civili»; *la soppressione non implica nessun cambiamento del senso del paragrafo*, che contempla in particolare i crimini contro l'umanità¹⁰. Conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, *questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU»* (enfasi nostra).

Se il senso del paragrafo rimane, per espressa statuizione, uguale, se il richiamo all'art. 52 § 3 C.D.F.U.E. «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»¹¹ (nel nostro caso a favore del diritto alla libertà personale) e se i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili sono fonte sussidiaria e integrativa¹² non si vede quale portata precettiva ulteriore possa riconoscersi all'art. 49 § 2.

Perché la clausola di Norimberga possa essere “ri-attivata” dovrebbero allora presentarsi almeno tre condizioni (francamente suggestive):

a) nuove forme di attacco alla dignità umana, non “catturate” dallo spettro applicativo (invero già molto ampio) del diritto penale internazionale (non limitato ai crimini su cui la C.P.I. ha giurisdizione)¹³;

b) un contesto di transizione che abbia, coerentemente alle origini della previsione, (*b*₁) portata mondiale (se infatti fosse più circoscritto non ci spiegheremmo perché la Grande Camera ha escluso l'applicazione del

¹⁰ La precisazione, come abbiamo avuto modo di vedere, non è formalmente corretta, CAP. II, § 2.

¹¹ Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 52 § 3 C.D.F.U.E. (l'enfasi è nostra): «[l]addove la presente Carta contenga *diritti corrispondenti* a quelli garantiti dalla *convenzione europea* per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il *significato* e la *portata* degli stessi sono *uguali* a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione *non preclude* che il diritto dell'Unione conceda una *protezione più estesa*».

¹² Secondo R. SICURELLA, *Art. 49 (parte I). Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in AA. VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, Milano, 2017, 972 ss., se si vuole a monte ammettere la mediazione tra legalità e altri diritti fondamentali, la «breccia nell'argine garantistico dell'art. 49 [...] dovrebbe ai nostri giorni essere inequivocabilmente ancorata ad una più tassativa definizione degli ambiti applicativi della categoria dei «principi generali comuni a tutte le nazioni»», 991. L'A. sembra assegnare ai “principi generali” una funzione diversa da quella “riempitiva”, ma non è comunque convinta che allo stato il § 2 possa trovare effettiva applicazione.

¹³ M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., ne ha individuate venticinque *categorie*, 94 ss.

§ 2 nelle vicende bosniache e lituane) e (b₂) abbracci – per superare il passato – il paradigma punitivo, dove leggi retroattive siano ammissibili, per previsione costituzionale esplicita o meno, alla luce del contesto “di frattura” (o, se si vuole, del nuovo momento costituente)¹⁴;

c) un *revirement* della Corte di Strasburgo (con conseguente mutamento di senso dell’art. 49 § 2 C.D.F.U.E.), basato sull’art. 17 C.E.D.U., *i.e.* sul divieto per un «individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione» alle vittime; e ciò anche sul presupposto che l’art. 15 C.E.D.U. non ammette deroghe alla legalità in caso di «guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», ma tace sui contesti di transizione cronologicamente successivi.

«[L]a storia insegna, ma non ha scolari»¹⁵, eppure un tale scenario sancirebbe il fallimento dell’età dei diritti e degli strumenti messi in campo per prevenire l’*eterno ritorno dell’uguale*.

È in questa (inquietante) prospettiva che va salutato favorevolmente il *de profundis* della clausola di Norimberga.

¹⁴ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., pur concependo la legge penale retroattiva come *extrema ratio*, sottolineava come essa presentava quantomeno due pregi: la chiarezza e la trasparenza politica (maggiore rispetto al diritto giurisprudenziale), 303 ss. Secondo l’A, il ricorso a leggi retroattive «comporta una deroga al principio di retroattività, ma si tratta pur sempre di una deroga aperta e dichiarata, guidata da un criterio del bilanciamento con altri diritti dell’uomo, da compiersi in forma rispettosa delle Costituzioni» (egli si riferisce forse a un *placet* assolutamente eccezionale da parte di una disposizione costituzionale) «e più facilmente assoggettabile a controlli internazionali», 306. A scanso di equivoci, per un’idea sulla passione liberale dell’A. si veda G. DODARO, *Giuliano Vassalli, penalista partigiano. Lo scudo del diritto contro l’uso autoritario della legalità*, Roma, 2018.

¹⁵ A. GRAMSCI, *Italia e Spagna*, in *L’Ordine Nuovo* dell’11 marzo 1921, anno I, n. 70.

Bibliografia

AA. VV., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, a cura di K. AMBOS – J. LARGE – M. WIERDA, Berlino – Heidelberg, 2009;

AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. PAPA - M. DONINI, Milano, 2007;

AA. VV., *Diritto penale internazionale, I, Casi e Materiali*, in E. MEZZETTI (a cura di), Torino, 2010;

AA. VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. CASSETTI, Napoli, 2012;

AA. VV., *Essays in jurisprudence and philosophy*, a cura di H.L.A. HART, Oxford, 1983;

AA. VV., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, a cura di F. LATTANZI - W SCHABAS, Ripa Fagnano Alto (AQ), 2000;

AA. VV., *Europa e diritto penale*, a cura di F. VIGANÒ – C. E. PALIERO, Milano, 2013;

AA. VV., *General Principles and the Coherence of International Law*, a cura di M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, J. WOUTERS E L. CHIUSI, Leiden-Boston, 2019;

AA. VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015;

AA. VV., *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia*

dell'Europa Centro-orientale, a cura di G. GOZZI – F. MARTELLI, Bologna, 2004;

AA. VV., *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. LACCHÉ, Roma, 2015;

AA. VV., *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5-6-7 dicembre 1997*, a cura di A. TARANTINO – R. ROCCO, Milano, 1998;

AA. VV., *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. FRONZA – G. FORNASARI, Trento, 2009;

AA. VV., *In memoria di un grande maestro. Ricordando Giorgio Marinucci*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, 1 ss.;

AA. VV., *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, 2009;

AA. VV., *La Corte Penale Internazionale: Organi-Competenza-Reati-Processo*, a cura di G. LATTANZI – V. MONETTI, Milano, 2006;

AA. VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014*, in C.E. PALIERO-S. MOCCIA- G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO (a cura di), Napoli, 2016;

AA. VV., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, a cura di C. ZANGHÌ – L. PANELLA, Torino, 2019;

AA. VV., *Law of the European Convention on Human Rights*, a cura di D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, Oxford, 2014;

AA. VV., *Les sources du droit international pénal*, a cura di M. DELMAS MARTY – E. FRONZA – E. L. ABDELGAWAD, Parigi, 2005;

AA. VV., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, a cura di W. SCHABAS – N. BERNAZ, New York, 2011;

AA. VV., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, a cura di O. TRIFFTERER – K. AMBOS, Monaco/Oxford/Baden-Baden, 2016;

AA.VV., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, a cura di J. N. Kritz, Washington, 1995;

G. ACQUAVIVA, *At the Origins of Crimes Against Humanity. Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 881 ss.;

G. ACQUAVIVA, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, Milano, 2014;

T. W. ADORNO - E. FRENKEL-BRUNSWIK - D. J. LEVINSON – R. N. SANFORD, *The authoritarian personality*, New York, 1950;

D. AKANDE, *Sources of International Criminal Law*, in Aa. Vv., *The Oxford companion to International Criminal Justice*, a cura di A. Cassese, Oxford, 2009, 42 ss.;

P. ALBRECHT, *Krieg gegen den Terror – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *ZSTW*, 2005, 852 ss.;

R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* Oxford, 2002;

R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, 294 ss.;

R. ALEXY, *The argument from injustice. A reply to legal positivism*, trad. a cura di B. L. PAULSON – S. L. PAULSON, New York, 2002;

R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. sp. *Teoría de los derechos fundamentale*, Madrid, 1997;

G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.;

G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli sulla formula di Radbruch nel ventennale della caduta del muro di Berlino*, in *L'indice pen.*, 2010, 889 ss.;

E. AMATI, *Giuliano Vassalli, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, *Giuffré, Milano 2001*, in *Crit. Dir.*, 2002, 375 ss.;

E. AMATI – M. COSTI – E. FRONZA – P. LOBBA – E. MACULAN – A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016;

K. AMBOS, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlino, 2004;

K. AMBOS, *The Crime of Aggression after Kampala*, in *German Yearbook of International Law*, 2010, 463 ss.;

K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in AA.VV., *Building a Future*, cit., 19 ss.;

K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, *Foundations and General Part*, Oxford, 2013;

E. M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in AA. VV., *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. AMBROSETTI, Torino, 2017, 18 ss.;

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

G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, Torino, 2003;

M. ARCARI, *Tribunali penali ad hoc, Corte penale internazionale e Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in AA.VV., *Dal Tribunale per le ex-Iugoslavia alla Corte Penale Internazionale*, a cura di G. CALVETTI – T. SCOVAZZI, Milano, 2004, 3 ss.;

H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, 2014 (trad. it. di Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil, Londra, 1963);

H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, 2017;

J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktion auf Systemunrecht*, in AA. VV., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, a cura di A. ESER - J. ARNOLD, Friburgo, 2000, 11 ss.;

T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 3 ss.;

L. AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, in *Arch. Pen. (web)*, 13 aprile 2018;

V. AYMONE, *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in AA. VV., *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5-6-7 dicembre 1997*, a cura di A. TARANTINO – R. ROCCO, Milano, 1998, 223 ss.;

M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 16/2011, 55 ss.;

M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, 2017;

R. BARTOLI, *La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in AA. VV., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. PALAZZO - R. BARTOLI, Firenze, 2011, 57 ss.;

M. C. BASSIOUNI, *A Functional Approach to “General Principles” of International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, n. 3/1990, 768 ss.;

M. C. BASSIOUNI, *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, New York, 2011;

M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. 3, *International Enforcement*, Leiden, 2008;

Z. BAUMAN, *Le Sorgenti del male*, a cura di Y.-J. PARK, Trento, 2011;

Z. BAUMAN, *Modernità e Olocausto*, trad. it. di Massimo Baldini, Bologna, 2010;

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 2016;

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.;

F. BERTOLDI, *L’origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *forum historiae iuris*, 26 ottobre 2016;

L. BIN, “Formula di Radbruch”, principio di irretroattività e lex mitior, *Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2014;

R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992;

J. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminal Rechts*, Bd. 15 (1834), 149 ss.;

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 ss.;

N. BOISTER, *The Tokyo Trial*, in AA. VV., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, a cura di W. A. SCHABAS - N. BERNAZ, 17 ss.;

S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016;

K. BORRELLI, *Between show-trials and Utopia: A study of the tu quoque defence*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, 315 ss.;

R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007;

M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, Roma, 1990;

A. BUFALINI, *La rilevanza del diritto interno ai fini del rispetto del principio nullum crimen sine lege nel diritto internazionale penale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 809 ss.;

A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2018;

A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità²*, Torino, 2014;

M. CAIANIELLO – E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Ind. Pen.*, 2002, 307 ss.;

A. CALIGIURI, *La ricostruzione di principi generali del diritto da parte dei Tribunali penali internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2007, 1079 ss.;

A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe. Essai sur l'absurde*, Paris, 1942;

D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, 2017;

M. CANCIO MELIÁ, *Feind "Strafrecht"?*, in *ZSTW*, 2005, 267 ss.;

S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017;

E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2016;

G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2011, 389 ss.;

G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, in AA. VV., *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. Annali 2016 – 2018*, 51 ss.;

F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1889;

F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo (1864-63)*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I5, Firenze, 1898, 169 ss.;

G. CARUSO, *Simbolicità e legalità nel processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'Ircocervo*, 2016, 64 ss.;

A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy V. Estonia Case Before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 2/2006, 410 ss.;

A. CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di M. Frulli, Bologna, 2017;

A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, a cura di S. CANNATA, Bologna, 2005;

A. CASSESE, *International Criminal Law*, New York, 2005;

A. CASSESE – G. ACQUAVIVA – M. FAN – A. WHITING, *International criminal law. Cases & Commentary*, New York, 2011;

G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai ‘contro-limiti’ nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: “oportet ut scandala eveniant”*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 1/2015, 51 ss.;

A. CATANIA, *Diritto positivo e processo di Norimberga*, in AA. VV., *Il processo di Norimberga, a cinquant’anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5-6-7 dicembre 1997*, a cura di A. TARANTINO – R. ROCCO, Milano, 1998, 81 ss.;

M. CATENACCI, *“Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003;

M. A. CATTANEO, *L’ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in *Riv. di fil.*, vol L., 1959, 61 ss.;

M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969;

A. COLELLA, *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 811 ss.;

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018;

P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2014;

V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, I-II, 41-63; III, 157-181; IV-V, 230-264;

A. CULLEN, *War Crimes*, in AA. VV., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, a cura di W. SCHABAS – N. BERNAZ, New York, 2011, 139 ss.;

S. D'AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dello Statuto di Roma ed il problema dell'adeguamento interno*, Napoli, 2013;

G. DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlino, 1935;

G. DAHM., *Volkerrecht*, vol. III, Stoccarda, 1961;

G. DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, Göttingen, 1956;

R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systemes de droit contemporains* (trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004);

S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016;

G. DE FRANCESCO, *Crimini di Stato, filosofia politica, diritto penale (a proposito di: GIULIANO VASSALLI, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, Giuffré, 2001)*, in *Quad.*

fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, II, 2001, 787 ss.;

G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018;

G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in G. BALLADORE PALLIERI – P. CALAMANDREI – G. CAPOGRASSI – F. CARNELUTTI – G. DELITALA – A. C. JEMOLO – A. RAVÀ – G. RIPERT, *La crisi del diritto*, a cura della FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA, Padova, 1953, 77 ss.;

G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 697 ss.;

M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986, trad. it. di A. BERNARDI, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. PALAZZO, Milano, 1992;

M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006;

E. DEMETRIO CRESPO, *Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 87 ss.;

E. DEMETRIO CRESPO, *Il “diritto penale del nemico” darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, 39 ss.;

M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001;

F. DE SANCTIS, *Reconciling Justice and Legality. A Quest for Fair Punishment in Cases on Bosnian Atrocity Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 847 ss.;

P. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione di crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 2/1998, 392 ss.;

P. DE SENA, *Modelli di responsabilità individuale e giustizia di transizione. Il caso delle guardie di confine della Germania democratica*, in AA. VV., *Giustizia e letteratura II*, a cura di G. FORTI – C. MAZZUCATO – A. VISCONTI, Milano, 2014, 681 ss.;

G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012;

G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007;

G. DE VERO, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, I, Torino, 2010, 47 ss.;

G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in AA. VV., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO-R. SICURELLA, Milano, 2008, 310 ss.;

O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. BERTOLINO - L. EUSEBI – G. FORTI, Napoli, 2011, 2197 ss.;

A. DI MARTINO, *Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione*, in *Criminalia*, 2012, 563 ss.;

A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte Criminale Internazionale*, in AA. VV., *Les sources du droit international pénal*, cit., 329 ss.;

G. DODARO, *Giuliano Vassalli, penalista partigiano. Lo scudo del diritto contro l'uso autoritario della legalità*, Roma, 2018;

M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, 55 ss.;

M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, 346 ss.;

M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 735 ss.;

M. DONINI, *Giustizia e ingiustizia "criminale", tra legge, storici e sentenze (quasi un commento a G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, in E. TAVILLA, (a cura di), *La giustizia criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, Bologna, 2012, pp. 25 ss.;

M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2009, 183 ss.;

H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg devant les Principes du Droit Pénal International*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 70, Parigi, 1947, 481 ss.;

R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982;

N. EHRENFREUND, *The Nuremberg legacy. How the Nazi war crimes trials changed the course of history*, New York, 2007;

J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008;

A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008;

A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008;

A. FALZEA, *Per l'opera di Giuliano Vassalli sulla formula di Radbruch*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 605 ss.;

W. N. FERDINANDUSSE, *Direct application of International Criminal Law in National Courts*, L'Aja-Cambridge, 2006;

B. B. FERENCZ, *International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg*, in *Pace Int'l L. Rev.*, n.10/1998, 203 ss.;

L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, n. 3/2010, 2771 ss.;

P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 16^a ed. a cura di Mittermaier, 1847, rist. anast. 1986;

C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2016;

M. FLORES, *Come si è giunti alla Convenzione sul genocidio*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, n. 3/2015, 551 ss.;

V. FOA, *Il cavallo e la torre*, Torino, 1991;

C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015;

G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013;

G.FORNASARI, *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, 2015, 547 ss.;

FRANCES T. FREEMAN JALET, *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations - A Study*, in *UCLA Law Review*, 1963, 1044 ss.;

F. FRANCONI, voce *Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1989, 227 ss.;

D. FRASER, *Shadows of Law, Shadows of the Shoah: Towards a Legal History of the Nazi Killing Machine*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 2 (2012), 401 ss.;

E. FRONZA – M. SCOLETTA, *Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov*, in *Ius17@unibo*, 3/2011, 89 ss.;

E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2/2017, 155 ss.;

J. ABR. FROWEIN - W. PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl am Rhein, 2009;

M. FRULLI – F. M. PALOMBINO, *Introduzione. La nozione di genocidio tra storia e diritto: un problema ancora aperto*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, n. 3/2015, 547 ss.;

M. J. GABRIEL, *Coming to Terms with the East German Border Guards Cases*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, 375 ss.;

G. GAJA, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 533 ss.;

M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. Pen.*, 2018, 106 ss.;

M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VII, Milano, 2014, 648 ss.;

A. GAMBINO, *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Roma, 2001;

G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”:* *teoria e prassi*, Milano, 2008;

R. GEIGER, *The German Border Guard Cases and International Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 1998, 540 ss.;

A.M. GENTILI - A. LOLLINI, *L'esperienza delle Commissioni per la verità e la riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica*, in AA. VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, 2000, 163 ss.;

L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* E. DICIOTTI – V. VELLUZZI, a cura di, ristampa riveduta a cura di S. ZORZETTO, Torino, 2018;

A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 63, 2010, 131 ss.;

G. GOZZANO, *L'amica di Nonna Speranza*, in *I colloqui*, Milano, 1917, 87 ss.;

J. GOW, *War and War Crimes: The Military, Legitimacy and Success in Armed Conflict*, Londra, 2012;

- C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, Monaco/Oxford/Baden-Baden, 2014, 171 ss.;
- J. GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1950, I, 433 ss.;
- 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;
- P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano, 1972;
- E. GREPPI, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. V, Milano, 2012, 467 ss.;
- C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017;
- SONJA C. GROVER, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Berlino-Heidelberg, 2010;
- R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014;
- R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. disc. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, 341 ss.;
- F. HALDEMAN, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in *Ratio iuris*, vol. 18, No. 2, June 2005, 162 ss.;
- D. HARRIS - M. O'BOYLE - ED BATES - C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009;
- H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, 1976;

M. HAURIOU, *Il diritto naturale e la Germania*, a cura di P. Costa, Seregno, 2018;

K. J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011;

S. HUERTA TOCILDO, «El contenido debilitado del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P/)», in AA. VV., *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, a cura di J. GARCÍA ROCA – P. SANTOLAYA MACHETTI, Madrid, 2005, 455 ss.;

P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (e dell'unione europea)*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, 129 ss.;

N. JAIN, *Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment*, in *The American Journal of International Law*, n. 3/2015, 486 ss.;

N. JAIN, *General Principles of Law as Gap-Fillers*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 111 ss.;

G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003;

G. JAKOBS, *Terroristen als personen im Recht?*, in *ZSTW*, 2005, n. 4, 117 ss.;

H. H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952;

H.-H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 1/2004, 38 ss.;

M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, in *discrimen.it*;

A. C. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il Ponte», 1945, 277 ss.;

H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, trad. it. di Carlo Angelino, Genova, 2014;

B. JURATOWITCH, *Retroactive Criminal Liability and International Human Rights Law*, in *British Yearbook of International Law*, 2005, 337 ss.;

H. KELSEN, *The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals*, in *The Judge Advocate Journal*, 3/1945, 8 ss.;

H. KELSEN, *Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?*, in *The International Law Quarterly*, 2/1947, 153 ss.;

V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung die Dogmengeschichte des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Berlino, 1983;

A. KÜNZLER, *Judicial Legitimacy and the Role of Courts: Explaining the Transitional Context of the German Border Guard Cases*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 2/2012, 349 ss.;

H. LAUTERPACHT, *International law: Being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, a cura di E. LAUTERPACHT, Cambridge, 1970;

H. LEAWOODS, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, *Wash. U. J. L. & Pol'y*, n.2/2000, 489 ss.;

C. D. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, 2013;

C. D. LEOTTA, voce *Negazionismo*, in *Digesto online/Pluris*, 2018;

G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*, 14 marzo 2012, in <https://ssrn.com/abstract=2021836>;

J. LITTLE, *Le benevole*, Torino, 2007;

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.;

P. LOBBA, *Testing the “uniqueness”: denial of the holocaust vs denial of other crimes before the european court of human rights*, in Aa. Vv., *Law and Memory. Addressing Historical Injustice by Law*, a cura di U. BELAVUSAU – A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, Cambridge, 2017, 109 ss.;

A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005;

C. LOMBOIS, *Droit pénal international²*, Parigi, 1979;

R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016;

N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978;

G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 159 ss.;

M. MANCINI, *Crimini internazionali*, in *Treccani-Diritto on-line*, 2019;

V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012;

V. MANES, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, 258 ss.;

R. MANI, *Beyond retribution: seeking justice in the shadows of war*, Malden, 2002;

G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008;

A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2017;

F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano-Padova, 2017;

F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.;

F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, n. 1/2003, 26 ss.;

F. MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, nn. 1-2/2003, 40 ss.;

J. MAOGOTO, *The work of National Military Tribunals under Control Council law 10*, in AA. VV., *The Legal Regime of the International Criminal Court: essays in honour of Professor Igor Blishchenko (1930-2000)*, a cura di J. DORIA – H. P. GASSER - M. C. BASSIOUNI, Leiden – Boston, 2009, 51 ss.;

V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 1 ss.;

G. MARINI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.;

T. MARINIELLO, *Irretroattività della legge penale e crimini contro l'umanità. Note a margine di Corte europea per i diritti dell'uomo, Korbely c. Ungheria, 19 settembre 2008*, in *Rass. dir. pubb. com.*, n. 1/2009, 489 ss.;

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*, n.2/2013, 221 ss.;

G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.;

G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;

G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018;

A. MARTINI, *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene nel sistema della Corte penale internazionale*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. CASSESE – M. CHIAVARIO – G. DE FRANCESCO, Torino, 2005, 215 ss.;

A. MARTUFI, *La sentenza Taricco-bis: la qualità della legge penale come limite all'effetto diretto?*, in *Giur. it.*, 2018, 718 ss.;

L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018;

U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 5 ss.;

A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2007;

F. MAZZACUVA, ART. 7 – *Nulla poena sine lege*, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS – F. VIGANÒ, Torino, 2016, 236 ss.;

F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018;

F. MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.;

L. MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 115 ss.;

T. MERON, *War Crimes Law Comes of Age: Essays*, Oxford, 2012;

E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 237 ss.;

E. MEZZETTI, *Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000;

R. MILLER, *Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, 653 ss.;

F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (a cura di), *Esperienze giuridiche del ‘900*, Milano, 2000, 85 ss.;

G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967;

G. D. MORRIS, *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War*, in *Law and History Review*, n. 3/2016, 649 ss.;

H. MOSLER, *General Principles of law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, II, 1995, 511 ss.;

R. MUHM, *Il «muro di Berlino», i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *L'indice penale*, n. 3/1994, 625 ss.;

R. MUHM, *La natura giuridica dei crimini contro l'umanità e le attuali critiche in Germania*, in *Riv. it. dir.proc. pen.*, 1997, 256 ss.;

G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007, vol. II, 983 ss.;

E. NICOSIA, Art. 7 CEDU – *Nulla poena sine lege*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario*, cit., 288-297.

E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;

C. NITSCH, “*Formula di Radbruch e diritto penale*”: nota a margine della presentazione del libro di Giuliano Vassalli (*Università degli studi di Napoli Federico II, 30 maggio 2002*), in *Crit. Dir.*, 2002, 444 ss.;

P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 1 ss.;

R. OGOREK, «*Rassenschande*» und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in *KritV*, 3, 2003, 280 ss.;

R. O' KEEFE, *Recourse by the ad hoc Tribunals to general principles of law and to human rights law*, in AA. VV., *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, a cura di M. DELMAS-

MARTY – E. FRONZA – E. LAMBERT-ABDELGAWAD, Parigi, 2005, 297 ss.;

T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012;

A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1040 ss.;

F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018;

F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. 2, Milano-Padova, 2016, 1087 ss.;

F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.;

C. E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” ad una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.;

G. PANEBIANCO, *Il principio “nulla poena sine culpa” al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1326 ss.;

M. A. PASCULLI, *Studio sulla giurisdizione penale universale*², Padova, 2017;

S. L. PAULSON, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), 17 ss.;

S. L. PAULSON, *Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, 489 ss.;

A. PELLET, ART. 38, in AA. VV., *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*², a cura di A. ZIMERMANN – C. TOMUSCHAT –

K. OELLERS-FRAHM – C. J. TAMS e l'assistenza di M. KASHGAR – D. DIEHL, Oxford, 2012, 731 ss.;

R. PELLOUX, *L'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'affaire De Becker*, in *Annuaire français de droit international*, 8, 1962, 330 ss.;

I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.;

D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019;

V. PIANO MORTARI, *I principi generali del diritto dal giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in AA. VV., *I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Roma, 1992, 135 ss.;

G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010;

G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, n. 11/2011, 75 ss.;

G. PINZAUTI, *The European Court of Human Rights' Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law. A Critical Discussion of Kononov v. Latvia*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 1043 ss.;

M. PISANI, *Radbruch e Giuliano Vassalli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 308;

C. PODO, voce «*successioni di leggi penali*», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino 1982, 675 ss.;

G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”*: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica, in *penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016;

G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l’uguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1325 ss.;

G. PUGLISI, *La “satira” negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell’olocausto*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2016;

D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015, 29 ss.;

D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017;

G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale (1946)*, in AA. VV., *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. CONTE – P. DI LUCIA – L. FERRAJOLI – M. JORI, Milano, 2013, 162-173;

G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto (Vorschule der Rechtsphilosophie)*, a cura di D. PASINI, trad. di D. PASINI – C. A. AGNESOTTI, Torino, 1958;

F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden-Boston, 2008;

F. RAIMONDO, *Les principes generaux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc: une approche fonctionnelle*, in AA. VV., *Les sources du droit international pénal. L’expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, a cura di M. DELMAS-MARTY – E. FRONZA – E. LAMBERT-ABDELGAWAD, Parigi, 2005, 75 ss.;

F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, 2017;

J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, 823 ss.;

K. REDEKER, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 1097 ss.;

L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019;

L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004;

L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *discrimen.it*, 28 luglio 2018;

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, 510 ss.;

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, *sub art. 2*;

M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.;

M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. RONCO (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, 35 ss.;

N. RONZITTI, voce *Crimini internazionali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. X, Roma, 1995, 1 ss.;

B. RUDOLF, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany. App. Nos. 34044/96, 35532/97, & 44801/98.49 ILM 811 (2001), and K.-H. W. v. Germany. App. No. 37201/97. 49 ILM 773 (2001)*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4 (Oct., 2001), 904 ss.;

A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*;

A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *www.diritticomparati.it*, 24 maggio 2012;

A. RYCHLEWSKA, *The nullum crimen sine lege principle in the European Convention of Human Rights: the actual scope of guarantees*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2016, 163 ss.;

A. SACCUCCI, *Repressione dei crimini contro l'umanità ed irretroattività della legge penale nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2007, 160 ss.;

F. SALERNO, *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, 1996, 524 ss.;

H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Monaco, 2018;

E. SCAROINA, *Il delitto di tortura: l'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018;

M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in AA. VV., *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, a cura di L. DÍEZ-PICAZO – A. NIETO MARTÍN, Navarra, 2010, 245 ss.;

T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, Milano, 2016;

T. SCOVAZZI, *La repressione internazionale dei crimini di guerra: alcune divagazioni sul tema della giustizia dei vincitori*, in AA. VV.,

Dal tribunale per le ex-Iugoslavia alla Corte Penale Internazionale, a cura di G. CALVETTI – T. SCOVAZZI, Milano, 2004, 125 ss.;

W. A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, New York, 2011;

W. A. SCHABAS, *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 597 ss.;

W. A. SCHABAS, *The Contribution of the Eichmann Trial to International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 3/2013, 667 ss.;

W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, New York, 2015;

W. A. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, 2018;

W. A. SCHABAS, *Unimaginable atrocities. Justice, Politics and Rights at the War Crime Tribunals*, Oxford, 2012;

W. A. SCHABAS, *War Crimes and Human Rights: essays on the death penalty, justice and accountability*, Londra, 2008;

B. SCHÜNEMANN, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!*, in *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kai Nehm am 65. Geburtstag*, a cura di R. Griesbaum - R. Hannich - K.H. Schnarr, Berlino, 2006, 219 ss.;

B. SCHÜNEMANN, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in *www.i-lex.it*, nn. 13-14/2011, 109 ss.;

E. SCHWELB, *Crimes against Humanity*, in *British Yearbook of International Law*, 1946, 178 ss.;

G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *Costituzionalismo.it*, 9 luglio 2015;

P. SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. Pen.*, n. 3/2013, 898 ss.;

P. SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. Giur.*, XXX, 1993, 5;

S. SGROI, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, n. 3/2003, 316 ss.;

R. SICURELLA, *Art. 49 (parte I). Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in AA. VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, Milano, 2017, 972 ss.;

R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005;

J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*, in *Derecho Penal y Criminología*. 29, 86-87 (1), 149 ss;

H. SILVING, *In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality*, in *The American Journal of International Law*, 1961, 307 ss.;

M. SINISCALCO, *Ratio di «certezza» e ratio di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, 993 ss.;

D. SMITH, *Law, Justice and the Unity of Value*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 2 (2012), 383 ss.;

C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;

C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza, Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012;

J. SOYER, *L’article 7 de la Convention existe-t-il?*, in AA. VV., *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne-Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Colonia – Berlino- Bonn – Monaco, 2000, 1337 ss.;

M. STARITA, *La giustizia internazionale per gross violations di diritti umani fra esigenze retributive e riconciliative*, in AA. VV., *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. FIANDACA – C. VISCONTI, Torino, 2009, 59 ss.

M. STARITA, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, 2003;

F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006

P. SULLO, *Una truth commission senza verità? L’Instance Equité et Réconciliation nella transizione marocchina*, in Aa. Vv., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, a cura di M. MECCARELLI – P. PALCHETTI – C. SOTIS, Madrid, 2014, 157 ss.;

J. A. SWEENEY, *Non-retroactivity, Candour and ‘Transitional Relativism’: A Response to the ECtHR Judgment in Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2014, 607 ss.;

A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2010;

G. TAYLOR, *Retrospective criminal punishment under the German and Australian constitutions*, in *University of New South Wales Law Journal*, n. 2/2000, 196 ss.;

T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: a personal memoir*, New York, 2013;

M. TEBBIT, *Philosophy of Law. An introduction*, 2^a ed., Oxon-New York, 2005;

R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice: contemporary essays*, Oxford, 2014;

A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013;

C. TOMUSCHAT, *The legacy of Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 830 ss.;

M. TOSCANO, voce *Norimberga*, in *Enc. It. Trecc.*, Roma, App. II, vol. II, 1949;

T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005;

O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo, 1966;

G. J. TUNKIN, “General principles of law” in *International Law*, in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, a cura di R. MARCIC – H. MOSLER – E. SUY – K. ZEMANEK, Monaco-Salisburgo, 1971, 523 ss.;

V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica contemporanea*, Milano, 2012;

G. VASSALLI, *Bilancio di Norimberga*, in ID., *Scritti giuridici*, v. II, *La parte speciale del diritto penale. Il diritto penale del tempo di guerra*, Milano, 1997, 679 ss.;

G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, 2001;

G. VASSALLI, *I delitti contro l’umanità e il problema giuridico della loro punizione*, in ID., *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano, 1995, 9 ss.;

G. VASSALLI, *Il divieto di reatrocità nella giurisprudenza della Corte Europea*, in *Diritti dell’uomo - cronache e battaglie*, 2001, 5 ss.;

G. VASSALLI, *Norimberga sessant’anni dopo*, in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 495 ss.;

G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 493 ss.;

D. VELO DALBRENTA, *Sul problema dell’obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *discrimen.it*;

J. VELU–R. ERGEC, *La Convention européenne des Droits de l’Homme*, Brussel, 1990;

E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *lalegislazionepenale.eu*, 8 febbraio 2018;

F. VIGANÒ, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1281 ss.;

F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 243 ss.;

F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000;

A. VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli, 1965;

M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 371 ss.;

T. VORMBAUM, *Alcune riflessioni sui rapporti fra giustizia materiale e giustizia criminale*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 185 ss.;

T. VORMBAUM, *Diritto penale antiautoritario*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 131 ss.;

T. VORMBAUM, *L'elaborazione del passato*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 113 ss.;

T. VORMBAUM, *La legislazione razziale nella Germania nazista*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 97 ss.

T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, 2013;

H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. G. De Stefano, Milano, 1965;

G. WERLE, «*Das Gesetz ist Wille und Plan des Führers*» – *Reichsgericht und Blutschutzgesetz*, in *NJW*, 1995, 1267 ss.;

E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006;

E. R. ZAFFARONI, *Giuliano Vassalli*, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, *Giuffrè, Milano 2001*, in *Crit. Dir.*, 2002, 361 ss.;

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992;

V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 69 ss.;

V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016;

C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2013;

K. ZEMANEK, *The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law - Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden- Boston, 1997;

S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011;

K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, 1998.

Indice delle decisioni citate

GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE

GIURISPRUDENZA DEL T.P.I.J. E DEL T.P.I.R.

T.P.I.J. (www.icty.org):

Prosecutor v. Sainović et al., IT-05-87-A, *Appeal Judgement*, Camera d'app., 23 gennaio 2014;

Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, Camera d'app., 15 luglio 1999;

Prosecutor v. Furundžija, Judgment, Case No. 95-17/1-T, *Tr. Chamber*, 10 dicembre 1998;

Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Case No. IT-96-22-A, Camera d'appello, 7 ottobre 1997;

Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Case No. IT-96-22-A, Camera d'app., 7 ottobre 1997;

Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, Case No. IT-96-22-A, Camera d'app., 7 ottobre 1997;

Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment, Case No. IT-96-22-T, T. Camera I, 29 novembre 1996.

T.P.I.R. (<https://unictr.irmct.org>):

Prosecutor v. Jean-Paul Akeyesu, Case No. ICTR-96-4-T, 1° giugno 2001;

Kambanda v. The Prosecutor, Judgment, Case No. ICTR97-23-A, Camera d'app., 19 ottobre 2000;

Barayagwiza v. Prosecutor, Decision (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration), Case No. ICTR-97-19-AR72, Camera d'app., 31 marzo 2000.

GIURISPRUDENZA CORTE E.D.U. in *www.hudoc.chr.coe.int*:

Corte E.D.U., Grande Camera, *Vasiliauskas c. Lituania*, 20 ottobre 2015;

Corte E.D.U., *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 333 ss.;

Corte E.D.U., Grande Camera, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, 18 luglio 2013;

Corte E.D.U., *Polednová v. Repubblica Ceca*, 21 giugno 2011;

Corte E.D.U., *Ould Dah c. Francia*, 17 marzo 2009;

CORTE E.D.U., *Sud Fondi srl. e al c. Italia*, 20 gennaio 2009;

Corte E.D.U., Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008;

Corte E.D.U., *Kononov c. Lettonia*, 24 luglio 2008;

Corte E.D.U., *Jorgic c. Germania*, 12 luglio 2007;

Corte E.D.U., *Linkov c. Repubblica Ceca*, 7 dicembre 2006;

Corte E.D.U., Grande Camera, *Achour c. Francia*, 29 marzo 2006;

Corte E.D.U., *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006;

Corte E.D.U., *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006;

Corte E.D.U., *Tess c. Lettonia*, 3 dicembre 2002;

Corte E.D.U., *Papon c. Francia*, 15 novembre 2001;

Corte E.D.U., Grande Camera, *Streletz, Kessler, Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001;

Corte E.D.U., *K.-H. W. c. Germania*, 22 marzo 2001;

Corte E.D.U., *Naletilić c. Croazia*, 4 maggio 2000;

Comm. E.D.U., *Touvier c. Francia*, 13 gennaio 1997;

Corte E.D.U., Grande Camera, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996;

Corte E.D.U., *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979;

Comm. E.D.U., *X. c. Belgio*, 18 settembre 1961, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights-1961*, L'Aja, 1962, 324 ss.;

Comm. E.D.U., *X. c. Norvegia*, 30 maggio 1961, in *Collection of decisions of the European Commission of Human Rights*, 6, Strasburgo, 1961, 41 ss.;

Comm. E.D.U., *De Becker c. Belgio*, 9 giugno 1958, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958, 214 ss.;

Comm. E.D.U., *B. c. Belgio*, 20 luglio 1957, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1957, 239 ss.

GIURISPRUDENZA C.G.C.E./C.G.U.E.

C.G.C.E., *Kolpinghuis Nijmegen*, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, in *Racc.*, p. 3969, IV, punto 13;

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Corte Cost., (22 ottobre) 22 ottobre 2014, n. 238, in *cortecostituzionale.it*;

Corte Cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 348, in *giurcost.org*;

Corte Cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 349, in *giurcost.org*

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Cass. Pen., sez. II, 11 febbraio (12 aprile) 2016, n. 15017, in *iusexplorer.it*

GIURISPRUDENZA STRANIERA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TEDESCA

BVerfG, 24 ottobre 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 929 ss.;

BVerfG, 14 febbraio 1968, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 23/1968, 98 ss.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ TEDESCA

BGH, 25 marzo 1993, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 39. Band, 168 ss.;

BGH, 3 novembre 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, 141 ss.;

BGH, 19 dicembre 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 3 (1952), 357 ss.;

BGH, 12 febbraio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 2 (1952), 173 ss.;

BGH, 29 gennaio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 2, 234 ss.

Großer Senat, 9 dicembre 1936, in *Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen*, vol. 70, 1937, 375;

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ FRANCESE

Cass. crim., 23 gennaio 1997, in *Jurisclasseur périodique*, 1997, II, n. 22, 812 ss.;

Cass. crim., 27 novembre 1992, in *Bullettin Criminel*, 1993, 770 ss.

GIURISPRUDENZA DI MERITO FRANCESE

C. App. Parigi, 13 aprile 1992 in *Gazette du Palais*, 1992, 1, 387 ss.;