

Piero Marino¹

La legge violata

A proposito di R. Scevola, *Norimberga. Il male sotto accusa*

«Una feroce forza il mondo possiede e fa nomarsi Dritto»
(A. Manzoni, *Adelchi*)

A mio padre, giurista.

ABSTRACT

This essay is built upon Roberto Scevola's recent reflections on the Nuremberg trials, in order to analyze any of the juridical and philosophical issue raised by them. Our purpose is twofold: on the one hand, we aim to highlight that the Nuremberg Trials represent a real watershed in the history of modern law, greatly contributing to the drafting of the 1948 Universal Declaration of Human Rights; on the other hand, we intend to clarify how the key aspect of this rift can be identified in a renewed attention to the relationship between positive law and ethical questions. Paradigmatic of this renewed attention is the so-called Radbruch's formula, which aroused a vast theoretical and legal debate and achieved a great success in German as well as in the rulings of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS

Nuremberg trials, Radbruch's formula, positive law, legal certainty, justice.

1. Introduzione

Non sempre le pubblicazioni a carattere divulgativo rivelano un valore eccedente la mera funzione per la quale sono state pensate; è tuttavia senz'altro questo il caso del recente lavoro di Scevola su Norimberga², primo di una collana interamente dedicata a *I grandi processi della storia* e destinata alla distribuzione insieme al *Corriere della sera*. Per nulla casuale, del resto, la scelta di presentarlo quale testo di apertura, dal momento che, come si osserva nella prefazione, quel processo ha rappresentato un vero e proprio "spartiacque nella storia dell'umanità" (p. 12), grazie al quale "per la prima volta quest'ultima è stata esplicitamente messa di fronte ad atrocità inenarrabili" (p. 7),

¹ Dottorando in *Diritti umani. Teoria, storia e prassi*, Università degli Studi di Napoli Federico II. piero.marino@unina.it.

² Scevola 2019.

atrocità commesse non da criminali comuni, ma da istituzioni politicamente legittime. Sotto questo punto di vista, è dunque pregevole la scelta del titolo, nelle cui brevi parole il lettore è in grado di scorgere quella che, effettivamente, rappresentò la vera posta in gioco a Norimberga: la messa sotto accusa di decisioni, comportamenti ed azioni la cui portata parve al mondo civile espressione di un *male* privo di precedenti storici, un *male* così *radicale*, da esigere una riparazione altrettanto priva di precedenti non solo storici, ma soprattutto giuridici³.

Di questa dimensione *eccezionale* il lavoro di Scevola rende senza dubbio ragione, perché conserva sullo sfondo la doppia traccia di un processo che, pur muovendo da ambiziose esigenze di giustizia, di fatto prese le mosse dalla fine di una guerra che aveva avuto dei vinti e dei vincitori e che avrebbe dovuto svolgersi nei confini violati di un paese distrutto, umiliato e militarmente occupato (pp. 65-68); un processo condotto da giudici *denazionalizzati*, ma comunque scelti dalle potenze vincitrici (pp. 71-72). Alle parole del procuratore statunitense Jackson, che si richiamò a valori morali dalla portata universale, sottolineando il compito “del diritto delle genti, inteso a preservare la moralità internazionale” (p. 75), fecero eco i silenzi sui comportamenti spesso criminali delle potenze vincitrici, i cui atti furono esclusi dal giudizio ed anche da possibili dichiarazioni degli imputati (pp. 77-78), ma soprattutto i limiti di un procedimento che svincolò del tutto il tribunale da qualsiasi regola tecnica per l’ammissione di prove e dichiarazioni, tradendo in tal modo una prospettiva tutt’altro che garantista (p. 78).

Insomma, quelle che secondo Karl Jaspers, nel suo celebre *pamphlet*, rappresentavano le diverse espressioni della colpa della Germania (morale, giuridica, politica e metafisica) e che esigevano, a suo giudizio, forme di riparazione altrettanto differenti⁴, rischiano di sovrapporsi in modo disordinato e contraddittorio, tanto da riportarci alla memoria le spazientite parole con le quali il filosofo napoletano Benedetto Croce recensì sulle pagine della *Critica* proprio lo scritto di Jaspers⁵.

Di queste e di altre contraddizioni recano dunque traccia le pagine del lavoro di Scevola, il cui pregio non si risolve però sul semplice piano descrittivo. Al contrario, l’autore è particolarmente acuto nel ricordare la portata innovativa dei valori giuridici affermati a Norimberga, quando rileva come per la prima volta in quelle aule di tribunale si sia affermato che “il diritto internazionale non è fatto solo di trattati bilaterali e multilaterali [...], ma anche di regole universali non scritte, ‘in movimento’, una sorta di proiezione su vasta scala della Dichiarazione universale dei diritti umani” (pp. 75-76) e come “mai e poi mai, in nessuna circostanza, è lecito dimenticarsi che un uomo ha diritti inalienabili, naturali, che esigono il rispetto di chiunque” (p. 76). Considerazioni

³ In merito alla scarsità di precedenti storici e sulla tendenza, prima di Norimberga, a favorire i processi di pacificazione ricorrendo ad amnistie generali, si faccia riferimento a Sgroi 2003: 313-316.

⁴ Jaspers 1965 [1946].

⁵ “Gli altri popoli badino di più alle ‘colpe’ loro proprie (sempre che così si vogliano definire), perché ne hanno commesse e ne commettono e sono società di poveri uomini come quello. Conclusione: non stare a seccare, con inutili e arroganti rimbrotti moralistici, la Germania che soffre, perché seccare il prossimo, seccarlo a questo modo, è anch’essa una colpa, e delle meno perdonabili, verso l’umanità” (Croce 1947:105).

tutt'altro che secondarie, dal momento che proprio l'applicazione su larga scala di questi principi avrebbe guidato la produzione giuridica a partire dall'immediato dopoguerra, ispirando la formulazione della Carta dei Diritti dell'Uomo del 1948, nonché le trasformazioni del diritto internazionale, chiamato, attraverso la costituzione delle Corti di giustizia, a garantire proprio il rispetto di questi ultimi.

Al tempo stesso, Scevola non dimentica di sottolineare come il percorso iniziato nel '46 si sia rivelato sin dal principio tutt'altro che lineare, mettendo in risalto come i dodici processi *minori* che fecero seguito a quello di Norimberga, e che si tennero dal '46 al '49, persero del tutto il carattere internazionale e si svolsero unicamente all'interno delle zone occupate dagli Alleati, dal momento che i sovietici avevano preferito alla via giuridica il più antico percorso della giustizia sommaria (pp. 131-136).

Ma c'è un secondo elemento sul quale Scevola si sofferma con particolare attenzione. Si tratta del rapporto tra le sentenze di condanna comminate a Norimberga e la più che nota formula giuridica *Nullum crimen, nulla poena sine lege* che sancisce, secondo i principi della *certezza* propri del moderno stato di diritto, il principio di *legalità* e dunque l'*irretroattività* dell'azione penale. La formula - che, non a caso, costituì il *Leitmotiv* delle argomentazioni degli avvocati della difesa - rappresentava il principale ostacolo giuridico alla condanna degli imputati, dal momento che nessuno degli atti da essi compiuti poteva essere ascritto ad una fattispecie di reato secondo gli ordinamenti della Germania nazionalsocialista, né, per molti versi, secondo l'ordinamento internazionale al tempo vigente. Anche in questo caso, Scevola sottolinea come il procuratore Jackson abbia di fatto ricondotto tale formula ad una differente ed innovativa logica giuridica in virtù della quale non è da considerarsi *crimine* soltanto quello che la legge positiva stabilisce e sanziona con pena adeguata, ma anche ciò che viola, pur nel pieno rispetto della legislazione vigente, l'integrità e l'intrinseca dignità della persona umana (pp. 72-76).

Il testo, dunque, evidenziando la portata innovativa dei principi giuridici affermati a Norimberga, contribuisce a portare all'attenzione del grande pubblico una delle questioni maggiormente discusse nel dibattito giusfilosofico contemporaneo, quale è quella della possibile tensione tra il diritto positivo e la domanda di giustizia che ne accompagna in ogni caso la produzione. In questa breve riflessione, condotta sulla scorta della recente pubblicazione di Scevola, intendiamo mostrare come il processo di Norimberga, rinnovando il senso ed il valore di tale tensione e portandolo fino al limite massimo del punto di rottura, abbia lasciato in eredità al mondo giuridico il compito della sua ricomposizione e come, nell'ambito dei tentativi condotti in tale direzione nel corso dell'immediato dopoguerra, particolare attenzione debba essere riservata alla riflessione sul *diritto ingiusto*.

2. L'eredità di un'eccezione

Che il processo di Norimberga abbia fatto pendere la bilancia del diritto verso le esigenze di giustizia sostanziale, sacrificando ad esse le garanzie di certezza che, nella

logica processuale dello stato di diritto, vigono a tutela degli imputati, è di per sé un fatto piuttosto evidente⁶. Al tempo stesso è quantomeno doveroso osservare come il rispetto formale di tali garanzie avrebbe determinato una deviazione decisamente *legalistica* dell'uso del diritto, quando l'obbiettivo immediato ed impellente era rappresentato dalla necessità di dare giustizia alle vittime degli orrori commessi dal nazionalsocialismo⁷, nonché quello di riabilitare il ruolo dello stesso diritto, piegato, durante quegli anni, al conseguimento dei fini più ignobili⁸. Più complessa appare invece la questione dell'esplicita violazione del principio di *legalità* che stabilisce l'irretroattività dell'azione penale: come è noto, infatti, la Carta di Londra rappresentò l'unica fonte autorevole di legge attraverso cui le potenze Alleate legittimarono l'istituzione del tribunale, la composizione dei capi d'accusa e le condanne che ne seguirono⁹, ed è fuori discussione il fatto che, essendo stata quest'ultima prodotta successivamente ai fatti discussi durante il processo, si sia trattato, perlomeno sotto lo stretto profilo formale, di un'effettiva modulazione retroattiva del diritto. Ciononostante, al processo si cercò di mostrare come, "sebbene la Carta di Londra rappresentasse la sola fonte autorevole di legge, il principio [...] [di legalità] era stato [comunque] rispettato, poiché le norme contenute nella Carta corrispondevano alle convinzioni generali di ciò che era giusto, per cui non era la legge penale ad essere nuova bensì la sua formulazione"¹⁰. Cosa

⁶ Se il processo di Norimberga ha potuto dare per la prima volta una risposta convincente alle "esigenze di repressione di crimini di particolare gravità" non altrimenti sanzionabili, rappresentando in tal modo un "un punto di snodo fondamentale nel processo di evoluzione dei diritti umani [...] e dei principi fondamentali da tempo elaborati dal diritto internazionali", ciò è potuto accadere attraverso la violazione di quei principi di *certezza* giuridica che lo stato di diritto pone a tutela degli imputati, quali "il principio di precostituzione del giudice [...], l'indipendenza ed imparzialità del giudice [...], il principio di legalità [...] ed il principio del contraddittorio" (Guido Rodio 1998: 241-257).

⁷ Pietro Calamandrei sottolineò icasticamente come, di fronte allo spettacolo di "milioni di martirizzati", accogliere gli scrupoli e le rimostranze di "qualche anima bennata [...], offesa ed impietosa" per l'assenza di "leggi prestabilite [...] e garanzie di giudici imparziali", avrebbe solo ottenuto lo scopo di trasformare la legge in sterile legalismo (Calamandrei 1946: 933).

⁸ Scrive Capograssi, a proposito della svolta determinata dal processo di Norimberga e dalla successiva formulazione della Carta delle Nazioni Unite: "Se l'umanità senza diritto, se il diritto senza umanità sono entrati nella storia, nella storia è pure rientrato il diritto come imprescindibile diritto dell'individualità umana, dell'integrale vita dell'individuo nella pienezza di tutte le esigenze della sua natura" (Capograssi 1950: 206).

⁹ Sgroi 2003: 317-320.

¹⁰ Sgroi 2003: 319. In realtà non tutti i capi d'accusa furono formulati in basi a norme retroattive: nei confronti dei crimini di guerra, ad esempio, il tribunale affermò di regolarsi in continuità con nozioni e norme già appartenenti al diritto di guerra ed al diritto internazionale. In conseguenza di ciò, l'intero processo fu articolato intorno a questo capo d'accusa e a quello, anch'esso in qualche modo riconosciuto dal diritto internazionale, dei crimini contro la pace, mentre al quarto capo d'accusa (i crimini contro l'umanità) fu lasciato solamente "uno spazio residuale" (Greppi 2001: 62). A tal proposito però, lo stesso Scevola osserva come molti dei trattati internazionali cui si fece riferimento non fossero in realtà stati sottoscritti dalla Germania nazista (Scevola 2019: 75), per cui, in realtà, anche la contestazione dei crimini di guerra e dei crimini contro la pace sembra ricondurre, sebbene per via *indiretta*, all'applicazione di leggi retroattive. Il dato significativo però è che il quarto capo d'imputazione, proprio perché innovativo finanche nella stretta formulazione giuridica, non ha avuto modo di ricevere un'applicazione soddisfacente nelle sentenze finali, tanto che i crimini contro l'umanità furono sanzionati solo in relazione

volesse intendere il tribunale con questa osservazione, è esattamente il centro della questione che stiamo andando a trattare¹¹.

È nota la tesi di Kelsen secondo la quale uno dei principali capi d'imputazione, quello riferito ai crimini contro la pace, non rappresentasse una novità nell'ambito del diritto internazionale, ma che del tutto nuova era stata la sua applicazione nei confronti dei singoli individui, piuttosto che degli Stati sovrani: di conseguenza, era da considerarsi retroattiva non tanto la legge, quanto la sua applicazione¹². Sulla base di questa premessa, Kelsen si schierò a favore delle condanne comminate a Norimberga, sottolineando come tale modulazione retroattiva del diritto non fosse, in quelle particolarissime circostanze, in contraddizione con la *giustizia*¹³. Al tempo stesso, sarebbe stato a suo avviso preferibile, forse indispensabile, rimarcare il valore costitutivo ed innovativo dei principi emanati nella Carta di Londra e dunque anche la decisione di ricorrere a leggi penali introdotte retroattivamente: ciò avrebbe consentito di riaffermare quanto il diritto positivo – *l'unico diritto realmente esistente* – fosse in grado di rendere *effettivi* i principi che hanno ispirato ed ispirano la nostra civiltà giuridica, civiltà che, in quel momento, si trattava non solo di difendere, ma anche di rifondare¹⁴.

La prospettiva kelseniana è particolarmente chiara ed occupa un ruolo importante nell'ambito delle riflessioni su Norimberga, soprattutto perché il giurista non esitò ad individuare un certo strabismo giudiziario negli atti di un processo che avrebbe davvero potuto rappresentare un elemento di novità per il diritto internazionale se solo non fosse stato strumentalizzato *politicamente* dalle potenze vincitrici attraverso

ai crimini di guerra e a quelli contro la pace, il che comportò una loro considerazione solo se commessi in seguito al 1939 (Greppi 2001: 111 e ss.). La cosa è abbastanza interessante perché proprio la nozione giuridica di *crimini contro l'umanità* ha rappresentato la principale eredità del processo di Norimberga, ispirando i principi presenti nelle Carte dei diritti, nelle Convenzioni internazionali, nonché la loro applicazione nelle Corti internazionali di giustizia (De Bellis 1998: 232-333).

¹¹ A tal proposito, Vassalli parla ad esempio di retroattività *apparente o parziale*, estendendo in qualche modo il giudizio anche a parte dei processi che seguirono quello di Norimberga, come quelli agli imputati per i crimini commessi al tempo della DDR (Vassalli 1994: 294-296). La tesi, largamente accolta, si basa sull'osservazione per la quale *proprio* il principio della *certezza* del diritto era stato inopinatamente rigettato da quei sistemi politici messi sotto accusa e che farlo valere nel senso della *stretta* legalità nei casi di crimini così violenti ed efferati avrebbe comportato conseguenze paradossali, poiché avrebbe rappresentato una sorta di riconoscimento formale di quegli stessi regimi, la cui esperienza si intendeva superare proprio attraverso l'uso del diritto (Vassalli 1994: 291-293). Sul tema avremo modo di tornare.

¹² A Norimberga "si è trattato di una legge retroattiva, ma solo in quanto ha stabilito la responsabilità individuale penale per atti che, nel momento in cui furono commessi, costituivano violazione del diritto internazionale vigente, ma per i quali questo diritto aveva previsto solo una responsabilità collettiva. La responsabilità penale individuale rappresenta certamente un più alto grado di giustizia rispetto alla responsabilità collettiva che è la tipica tecnica del diritto primitivo" (Kelsen 1989 [1947]: 110).

¹³ Le persone che commisero questi atti criminali "erano certamente consapevoli del loro carattere immorale. La retroattività della legge loro applicata può difficilmente essere considerata come incompatibile con la giustizia. La giustizia richiede la punizione di questi uomini, nonostante che per il diritto positivo essi non fossero punibili nel momento in cui posero in essere gli atti resi poi sanzionabili con forza retroattiva" (Kelsen 1989 [1947]: 110).

¹⁴ Catania 1998: 88.

l'esclusione dei crimini da queste commessi durante gli anni della guerra¹⁵. Ma la posizione di Kelsen si dimostra importante anche per un altro motivo e precisamente perché contribuisce a mettere in chiaro come le motivazioni addotte dai giudici di Norimberga avevano senz'altro ratificato *de facto* la possibilità di rinunciare, in casi estremi, al principio dell'irretroattività dell'azione penale ma, sia sotto il profilo teorico che sotto quello giuridico, erano piuttosto rimaste nel vago, determinando la formazione di una zona grigia che, a giusta ragione, potremmo indicare quale principale eredità *confilittuale* del processo.

Il peso di questa eredità si fece sentire negli anni dell'immediato dopoguerra, dal momento che i giudici di Norimberga avevano deciso delle sorti dei principali responsabili delle politiche del nazionalsocialismo, mentre restava ancora da stabilire come regolarsi in merito ai comportamenti tenuti dai tribunali e dai comuni cittadini tedeschi nel corso di quegli anni bui. Se ampia e condivisa fu la convinzione di dover intervenire giuridicamente nei casi di maggiore gravità - rifiutando, dunque, sia la via dell'amnistia che quella della giustizia sommaria - decisamente diversi furono i percorsi suggeriti per la realizzazione di tale obiettivo. Prima di entrare nel merito della questione, però, è opportuno rimarcare come il problema non fosse rappresentato solo dal conflitto tra esigenze di certezza e giustizia - quasi che si potesse risolvere attraverso una sorta di bilanciamento quantitativo - quanto, piuttosto, la circostanza che, nel moderno stato di diritto, le esigenze di *certezza* rappresentano, a loro volta e indiscutibilmente, una sostanziale espressione della *giustizia*¹⁶. Di fronte a questa dicotomia, la riflessione giuridica ha seguito percorsi differenti: da un lato c'è stato chi, come Hart, ha sostenuto l'opportunità di ricorrere a norme dalla portata schiettamente *retroattiva*, sottolineando come una scelta di questo genere avrebbe comunque avuto il merito di garantire maggiore chiarezza¹⁷; dall'altro chi, come il giurista tedesco Gustav Radbruch, preoccupato della necessità di sacrificare quanto meno possibile le esigenze di certezza¹⁸, proponeva di non *disconoscere* esplicitamente il principio di *irretroattività*.

¹⁵ Kelsen 1989 [1947]: 110 e ss.

¹⁶ È significativo ciò che scrive Radbruch, nel celeberrimo scritto di cui andremo ad occuparci: "Il fatto che il diritto sia certo, cioè che non accada che in un momento esso venga interpretato ed applicato in un modo, e in un altro momento in un altro, è al tempo stesso un'esigenza di 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" (Radbruch 2013 [1946]: 167-168). Anche le parole di Kelsen, cui si è fatto riferimento in precedenza, mostrano come il conflitto si muovesse all'interno dell'idea di giustizia propria del diritto moderno. Si faccia infine caso anche a quanto sostiene Vassalli il quale, descrivendo l'intrinseca appartenenza del principio di certezza al *corpus* del diritto moderno e sottolineandone al tempo stesso il valore politico, scrive che "indubbio è il suo collegamento con il carattere democratico di uno stato e con l'osservanza di principi di giustizia" (Vassalli 1994: 285).

¹⁷ Hart 1964 [1958]: 105-166. Sulla posizione di Hart avremo modo di trionfare nel corso del testo.

¹⁸ Scrive sempre Radbruch, a proposito della posizione da assumere nei confronti dei crimini del nazismo: "Per quanto concerne l'ingiustizia legale di quei dodici anni trascorsi, è necessario cercare di realizzare le esigenze della giustizia con la minore perdita quanto a certezza del diritto" (Radbruch 2013 [1946]: 169).

Come sottrarre dunque il diritto all'accusa di restare silente di fronte ad orrori commessi nel pieno rispetto ed in perfetta osservanza della legislazione vigente - o peggio ancora di essere stato strumento attivo di tali orrori - senza ricadere nell'altra, anch'essa tutt'altro che innocua, di rinunciare – seppur in via eccezionale - al principio di irretroattività? La formula *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, che deve la sua prima declinazione alle parole del giurista tedesco Anselm Feuerbach¹⁹, richiama allora ad una altra formula, quella sul *diritto ingiusto*, meglio conosciuta nel mondo giuridico come *formula* di Radbruch, di cui intendiamo sottolineare il valore atto a salvaguardare il diritto moderno nella sua effettiva *positività*.

3. Della necessità di redimere il diritto

In realtà, più che di formula di Radbruch, sarebbe opportuno parlare di *duplice* formula di Radbruch²⁰. Il tanto celebre quanto breve articolo che il giurista tedesco pubblicò all'indomani della fine della guerra e del nazismo, infatti, non si limita a sostenere che, in caso di conflitto radicale tra principio di giustizia e principio di certezza, quest'ultimo debba arretrare di fronte al primo²¹, ma sottolinea anche come la linea che separa il diritto dalla giustizia possa essere stata tracciata *volontariamente* dal legislatore; il che significa che, in casi del genere, non ci troveremmo semplicemente di fronte ad un diritto *intollerabilmente* ingiusto, ma di fronte ad un *non* diritto, nei confronti del quale non è possibile ravvisare alcun obbligo di obbedienza; inoltre, proprio in conseguenza della sua assoluta non giuridicità, non è possibile che ad esso venga attribuito alcun riconoscimento formale²². Sebbene sul piano concreto la due tesi vengano sostanzialmente a coincidere²³, la seconda formula intende marcare una linea netta tra ciò che diritto è e ciò che diritto non è.

A tal proposito è di un certo interesse richiamare il fatto che le tre differenti traduzioni con le quali, nella ricezione italiana, è stata resa l'espressione tedesca *Gesetzliches Unrecht* ('torto legale', 'ingiustizia legale' e 'illecito legale') presentano una

¹⁹ Vassalli 1994: 286, dove l'A. sottolinea come la prima modulazione esplicita della formula *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, seppur con riferimento alla sola *poena*, si rintracci nelle parole di Anselm Feuerbach.

²⁰ Carlizzi 2016-18: 51-70.

²¹ Radbruch 2013 [1946]: 168. Decisamente differente è ciò che accade in condizioni di conflitto 'quotidiano', allorquando, secondo l'autore, "il conflitto [...] potrebbe [...] dover essere risolto nel senso che il diritto positivo [...] abbia la precedenza" (Radbruch 2013 [1946]: 168).

²² "È impossibile tracciare una linea più precisa tra i casi di ingiustizia legale e leggi valide ancorchè ingiuste per il loro contenuto; tuttavia vi è un'altra linea di confine che può essere tracciata con ogni 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" (Radbruch 2013 [1946]: 168).

²³ In effetti entrambe le formule descrivono la medesima inadeguatezza di norme che abbiano rinunciato a svolgere la funzione di garantire la giustizia (Carlizzi 2016-18: 69).

serie di limiti²⁴, mentre particolarmente riuscita ci sembra la recente proposta di utilizzare l'espressione 'negazione legale del diritto'. Quest'ultima, infatti, ha il merito di "mette[re] in piena luce quella radicale contraddizione con l'idea di giustizia che sola può giustificare le gravi conseguenze ricollegate da Radbruch alle due relative formule [...] [e di] po[rre] in diretto ma contraddittorio contatto ciò che il giuspositivismo tradizionale identifica senz'altro, le legge e il diritto"²⁵. Ad essere in discussione non è però, come vedremo, solo la contestazione del positivismo giuridico: questa traduzione, infatti, sottolinea come il diritto abbia negato la sua intrinseca funzione attraverso la paradossale messa in atto di procedure legali e pertanto conserva, a nostro avviso, il grande pregio di chiarire come il proposito di Radbruch non fosse solo quello di fornire riparazione ai crimini commessi in osservanza delle leggi durante gli anni del nazionalsocialismo, ma anche quello di redimere il diritto stesso dalla colpa per la quale, nel corso di quei giorni bui, si era di fatto andato trasformando nella propria nemesi. Accanto alla tesi secondo cui la certezza del diritto dovesse, in quelle particolari circostanze, cedere il passo di fronte alle esigenze della giustizia violata, nella formula di Radbruch incontriamo dunque la sincera preoccupazione di voler attendere a tale compito senza che il diritto ne risultasse ulteriormente *strumentalizzato e svilito*. Per cogliere appieno il valore di questo elemento, potrebbe risultare utile dare un rapido sguardo alla sua ricezione nel mondo giuridico.

4. La posizione di Hart

Nel 1958 Hart dedicò delle pagine molto interessanti alla formula di Radbruch, leggendovi l'esplicito tentativo di recuperare la relazione tra diritto e morale, in virtù del principio per il quale una legge che risultasse completamente priva del minimo valore morale perderebbe al tempo stesso validità e legittimità giuridica. In conseguenza di ciò, secondo Hart, attraverso la riflessione sul diritto *intollerabilmente ingiusto*, Radbruch avrebbe precisamente inteso abbandonare il positivismo giuridico per sposare la tesi del giusnaturalismo secondo cui diritto e morale sono e debbono essere intrinsecamente collegati²⁶.

Hart si sofferma con dovizia di particolare su uno dei casi giuridici che Radbruch aveva portato a sostegno della propria tesi, quello di una donna tedesca sottoposta a giudizio e condannata per aver favorito, nel 1944, l'arresto e l'esecuzione del marito. La formula con cui i giudici accompagnarono e motivarono il verdetto di condanna richiamava ai principi di "sana coscienza ed al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso"

²⁴ Secondo Carlizzi, "ciò vale soprattutto per 'torto' legale, che [...] smorza la gravità dei casi [...] considerati; in secondo luogo per 'illecito legale', che, nell'accezione corrente del termine 'illecito', richiama [...] la violazione di un diritto vigente; infine per 'ingiustizia legale', la quale trascura che, per il nostro A., vi sono forme di ingiustizia legale [...] che esulano dal quadro patologico [...] tratteggiato" (Carlizzi 2016-18: 69-70).

²⁵ Carlizzi 2016-18: 70.

²⁶ Hart 1964 [1958]: 143-152.

e con questo riferimento essi intesero, secondo il giudizio di Hart, aggirare il fatto - peraltro neanche troppo nascosto - di aver effettivamente rinunciato al principio della certezza del diritto, per il quale l'imputata non avrebbe potuto essere condannata in ragione di un comportamento che, al tempo in cui era stato messo in atto, non costituiva reato²⁷. Hart critica ferocemente il modo col quale sia i giudici che Radbruch - che aveva effettivamente considerato quella sentenza come esempio di applicazione della sua *formula* - avevano impostato la questione. In un contesto come quello, a suo giudizio, si trattava unicamente di scegliere tra due differenti mali, ovvero sia tra l'assoluzione di una grave colpa commessa durante il nazionalsocialismo pur nel pieno rispetto del diritto vigente o la condanna da comminarsi attraverso l'applicazione di una legge *esplicitamente* retroattiva²⁸. Le ipotesi, nel suo ragionamento, erano dunque riducibili a questi due percorsi: o si rispettava il principio della certezza del diritto, lasciando tuttavia impunito un comportamento sulla cui gravità non era possibile nutrire alcun dubbio, oppure si affermava la natura criminosa del fatto ricorrendo esplicitamente ad una norma dal valore *retroattivo*, sacrificando il principio di legalità. Assolutamente da escludere era invece il ricorso al ragionamento per il quale, "una volta superato un certo punto limite, ciò che è immorale non può più essere considerato come legale o illegittimo"²⁹. Da questo ragionamento non sarebbe infatti conseguita la risoluzione dell'*impasse* giuridica, quanto piuttosto l'occultamento della "vera natura dei problemi che si devono affrontare"³⁰. La vera natura dei problemi da affrontare era senz'altro morale, perché chiamava in causa due contrapposti principi di ordine morale, quali il senso della *giustizia* ed il principio di *certezza* del diritto, ma ciò non permetteva di affrontarlo ricorrendo ad un inopinato salto dal piano etico a quello legale, ma piuttosto riconoscendo la necessità di operare delle scelte in grado di trasporsi concretamente sul piano giuridico. Come già Kelsen a proposito di Norimberga - ma con minore intensità e maggiore distacco, dato il diverso grado di *ingiustizia* in esame - Hart si dichiara dunque favorevole a sacrificare il valore della certezza del diritto, purchè tale rinuncia fosse accompagnata dal riconoscimento del valore che si era stati costretti a sacrificare, cosa possibile unicamente attraverso l'esplicito ricorso a norme dal valore *retroattivo*.

Come si può agevolmente notare, Hart muove a Radbruch e ai giudici della sentenza la medesima accusa, la quale non prende le mosse solo dalla critica rivolta alla concezione giusnaturalistica che individua la presenza di un nucleo morale all'*interno* del *corpus* giuridico positivo, ma anche dal bisogno di rimarcare il fatto, sicuramente amaro, che quello del regime nazional socialista era pur sempre un diritto *valido* ed *esistente* e che non prenderne atto avrebbe senza dubbio contribuito a rallentare il superamento.

²⁷ Hart 1964 [1958]: 148-150.

²⁸ Hart 1964 [1958]: 150.

²⁹ Hart 1964 [1958]: 150.

³⁰ Hart 1964 [1958]: 150.

5. Della ricezione di una formula

Buona parte del dibattito che scaturì dalle osservazioni di Hart mantenne nel corso del tempo questo stesso piano, concretizzandosi nel senso di una contrapposizione tra giusnaturalisti e teorici del positivismo giuridico o, più spesso, nello scontro tra sostenitori e detrattori della teoria della separazione tra diritto e morale: a seconda della categoria d'appartenenza, dunque, l'applicazione della formula incontrava plauso o riprovazione³¹. D'altronde, lo stesso Radbruch aveva attribuito, operando una discreta semplificazione, proprio al positivismo giuridico le colpe di aver identificato il diritto con la legge vigente e di averne in tal modo giustificato la validità sulla base della mera forza dell'imposizione³². E non solo: nel corso del processo di de-nazificazione e all'indomani del crollo del muro di Berlino, in occasione dei processi ai responsabili dei crimini commessi durante il regime della DDR, i tribunali tedeschi si richiamarono spesso alla formula e altrettanto frequentemente lo fecero leggendovi un esplicito riferimento alla preesistenza di un diritto delle genti, di un diritto naturale oppure di precisi vincoli morali da rispettare³³.

D'altro canto, è bene sottolineare come la contestazione operata da Radbruch ai danni del positivismo giuridico vada a colpire non tanto la categoria nella sua interezza, ma unicamente quella che può essere considerata la dimensione ideologica di un certo positivismo giuridico³⁴; non deve sfuggire, infatti, come Egli faccia acutamente riferimento alla categoria *professionale* dei giuristi, quasi a voler criticare non tanto una teoria filosofica, quanto una determinata *pratica* del diritto. Inoltre, e non è un elemento di poco conto, sia nell'articolo del '46 che nella successiva produzione del giurista tedesco, non è possibile ravvisare alcun esplicito riferimento al giusnaturalismo. Il che, da un lato, non significa escludere necessariamente la presenza di temi coerenti

³¹ Vassalli 2001: 37-50. Il dibattito relativo alla formula di Radbruch ha coinvolto numerosi interpreti e si è svolto, come emerge dalle pagine di Vassalli, intorno a determinare questioni giuridiche. Un punto d'arrivo particolarmente interessante di tale dibattito, sul quale non possiamo soffermarci ulteriormente, è rappresentato da Alexy 1982: 4-85, in cui l'autore affronta le questioni suscitate da Radbruch nell'ottica della pretesa di *correttezza* (*Richtigkeit*) necessariamente inerente alla produzione e all'applicazione del diritto, distinguendo quest'ultima dalla giustizia (*Gerechtigkeit*) - termine utilizzato dallo stesso Radbruch - proprio allo scopo di sottolineare la natura giuridicamente *positiva* e non metafisicamente *sostanziale* di tale pretesa. Dalle riflessioni di Alexy emerge dunque una trattazione del problema incentrata sulla distinzione tra positivisti, ostili a tale prospettiva, e *non* positivisti, ad essa favorevoli, e non tra sostenitori e nemici del giusnaturalismo; anche la diatriba tra sostenitori e detrattori del rapporto tra morale e diritto è piuttosto risolta nell'ottica di una sostanziale *incorporazione* delle ragioni morali all'interno della concreta positività giuridica. Di tali considerazioni, come si avrà modo di notare, questa nostra breve nota reca un segno significativo.

³² "Il positivismo, in effetti, con la sua convinzione 'La legge è legge' ha reso la categoria professionale dei giuristi inerme nei confronti di leggi arbitrarie e dal contenuto criminale. In relazione a questi aspetti il positivismo non è in grado di fondare la validità delle leggi con le proprie forze. Esso crede che per dimostrare una validità di una legge basti additare il fatto che essa abbia avuto la forza di imporsi" (Radbruch 2013 [1946]: 167).

³³ Vassalli 2001: 50-119.

³⁴ Bobbio 1996 [1961]: 245 e ss.

con tale impostazione – uno di essi è certamente il riferimento alla giustizia *sovralegale* presente già nel titolo dell'articolo - ma, dall'altro, induce senz'altro a limitarne la portata.

6. Il valore ermeneutico della giustizia

Sebbene la maggior parte degli interpreti abbia inteso leggere, nella preminenza accordata alla giustizia a scapito del principio di certezza, il richiamo ad un rinnovato legame tra morale e diritto e, di conseguenza, la conversione di Radbruch dal positivismo giuridico al giusnaturalismo, da più parti si è osservato come sussistano elementi dubbi non tanto sul punto di arrivo di tale conversione, quanto, soprattutto, sul suo punto di partenza. Negli scritti precedenti al '46, infatti, il giurista tedesco assegnava già alla dimensione assiologica un valore in qualche modo preesistente alla produzione concreta del diritto - segno, questo, di una inequivocabile distanza dalle prospettive del positivismo giuridico -³⁵, affermando con vigore come il concetto stesso del diritto desuma in realtà la sua validità da quell'idea di giustizia che, di volta in volta, è deputato a realizzare e sulla quale, in quanto *diritto positivo*, è chiamato ad allinearsi³⁶. Che ciò contenga degli elementi di tipo giusnaturalistico, è naturalmente sostenibile. Tuttavia, è di nostro interesse sottolineare come la realizzazione di tale compito richiedesse, per Radbruch, il ricorso ad altri due valori: il valore della *certezza* e quello della *funzionalità*³⁷, valori che, non a caso, sono i medesimi presi in considerazione nell'articolo del '46 insieme a quello, più elevato fra tutti, della *giustizia*. Ma fu proprio l'esperienza del nazionalsocialismo a far vacillare l'equilibrio tra queste tre dimensioni, sia per ciò che il diritto era diventato *durante* gli anni oscuri della dittatura, sia per i problemi sollevati *in seguito* alla caduta del regime. In conseguenza di ciò, i ruoli giocati dalla giustizia e dalla certezza sono andati trasformandosi: mentre l'esigenza di giustizia ha guadagnato posizione, estendendosi anche oltre i limiti di un certo *relativismo* che pure caratterizzava la precedente riflessione di Radbruch³⁸, l'esigenza di certezza ha dovuto ritrovare collocazione in relazione alla prima. Di qui, a nostro giudizio, la nettezza con la quale il giurista tedesco sembra rifiutare il ricorso ad una retroattività di *principio*: una scelta di questo genere avrebbe avuto come conseguenza la rottura di quella tensione che, sola, riesce a tenere in vita il diritto moderno.

³⁵ Vassalli 2001: 24-35. A tal proposito si è parlato della sua appartenenza alla corrente dell'*eticismo*.

³⁶ Radbruch 2003 [1932]: 34 e ss., 73 e ss., 78 e ss.

³⁷ Radbruch 2003 [1932]: 73 e ss.

³⁸ In effetti Radbruch, nei lavori degli anni '30, non mancava di sottolineare come i richiami giuridici al valore della *giustizia* traessero comunque legittimazione da considerazioni assiologiche di per sé destinate a perdere la sfida di fronte a radicali obiezioni di tipo relativistico. Si veda, a tal proposito, Radbruch 2003 [1932]: 13-20. Sicché è senz'altro giusto sostenere che lo scritto del '46 sul diritto *ingiusto* abbia rappresentato un'accentuazione per così dire *oggettivistica* del suo pensiero, purché con l'uso di questo termine si intenda il riconoscimento assiologico-formale del principio di uguaglianza e *non* una sostanziale opzione di tipo etico-moralistico (Carlizzi 2016-18: 65-69).

Ed è quanto emerge se prendiamo in considerazione le sentenze pronunciate dalle Corti tedesche nelle quali, attraverso il riferimento al diritto naturale, si è sostanzialmente inteso svolgere il compito di risolvere per via *giurisprudenziale* il conflitto tra le esigenze di giustizia e quelle della certezza, evitando di ricorrere apertamente a leggi dal valore retroattivo³⁹. Collocata in quest'ottica, ci sembra che nella *formula*, più che la necessità di *ri*-collegare diritto e morale, sia possibile ravvisare la necessità di *non* scollegare le esigenze di certezza da quelle della giustizia, mantenendo la riflessione sul piano del diritto positivo, al preciso scopo di salvaguardarne dignità e valore. Se la formula riconosce come il diritto, privato del minimo ed essenziale riferimento al valore della giustizia, cessa di essere tale, è dunque altrettanto vero che essa mira a fornire al mondo giuridico una guida nei momenti critici in cui le tensioni tra i valori che esso incarna rischiano irrimediabilmente di trasfigurare l'identità; il che significa, da ultimo, che ad essa è possibile attribuire un particolare valore ermeneutico⁴⁰.

7. Conclusioni

Se il processo di Norimberga ha dovuto riconoscere priorità alle esigenze della giustizia a discapito della certezza del diritto, ciò è accaduto perché mancavano, a quel tempo, gli strumenti costituzionali e gli organi internazionali atti ad armonizzare concretamente i due elementi: da un lato non esistevano leggi in grado di giustificare le condanne comminate, dall'altro non esistevano motivi veramente convincenti per sottrarre gli imputati a tali condanne.

Le cose sono tuttavia parzialmente cambiate a seguito della promulgazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 che, all'art. 7.1, recepisce sia la formula *Nulla poena sine lege* che, all'art. 7.2, il principio per il quale essa non può in alcun modo costituire ostacolo al giudizio ed alla condanna di comportamenti considerati criminali secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Di fatto la CEDU, rifacendosi letteralmente alla Carta di Londra, riconosceva anche validità alla formula di Radbruch sul diritto ingiusto, tanto è vero che, spesso, ci si riferisce all'art.7.2 qualificandolo quale *c.d. formula di Radbruch*. Al tempo stesso, e a conferma di quanto abbiamo scritto in precedenza, è particolarmente significativo il fatto che le due *formule* siano state prese in considerazione all'interno del medesimo

³⁹ Dette sentenze, infatti, combinando l'utilizzo della formula ora con principi desunti dal diritto internazionale, ora con principi ricavati dal diritto positivo vigente all'epoca dei fatti in giudizio, ora con principi riconducibili al sopraggiunto diritto costituzionale, hanno mirato alla risoluzione di quelle situazioni limite in cui i principi della certezza del diritto e quello della giustizia rischiavano di collidere in modo irreparabile, e *non* a ripristinare ideologicamente il valore etico e metatemporale del diritto (Vassalli 2001: 50-119, 207-275, in cui l'A., non mancando di considerarne i limiti, sottolinea anche come la scelta 'giurisprudenziale' sia stata una peculiarità dell'esperienza tedesca).

⁴⁰ Degna di nota a tal proposito la riflessione di Carlizzi 2011: 83-119.

articolo, quasi ad attribuire alla seconda il compito di *specificare* il senso ed il valore del principio di *irretroattività*.

Che tale principio non sia rimasto lettera morta è dimostrato dal fatto che, come visto, nel corso del processo di denazificazione che ha coinvolto la Germania a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, si è spesso fatto ricorso ad esso, preferendolo alla formulazione di leggi dall'esplicito valore retroattivo e che la medesima cosa, seppur a fronte di maggiori perplessità, è accaduta quando si trattò di giudicare i crimini commessi durante la DDR⁴¹. Un utilizzo ermeneutico e giurisprudenziale della *formula* di Radbruch, dunque, che si è reso necessario per far fronte a particolari situazioni *eccezionali* di emergenza e *non* allo scopo di dar vita ad un diritto *acriticamente* fondato su di una concezione metafisica della giustizia ispirato a visioni di tipo giusnaturalistico.

Resta da domandarsi quali possano effettivamente essere, attualmente, le situazioni eccezionali in cui risulti opportuno e doveroso derogare, seppur nelle forme e nei modi sopra descritti, al principio di *stretta legalità*. Come è stato osservato, il ricorso alla c.d. formula di Radbruch può essere legittimato unicamente se ci si trova di fronte a comportamenti criminosi riconosciuti come tali dal diritto vigente presso i popoli civili, comportamenti per i quali non è possibile individuare una legislazione ad *hoc* atta a garantire il rispetto della giustizia⁴². Pertanto, la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo che l'Art. 7.2 della CEDU doveva la sua formulazione ad un ben preciso contesto storico, ha dimostrato una certa apertura nei confronti del suo utilizzo⁴³. Di contro, è particolarmente significativo come una più recente sentenza della stessa Corte si sia pronunciata esplicitamente sui limiti della sua applicazione al di fuori del contesto storico in cui essa aveva fatto la sua comparsa, vale a dire gli avvenimenti accaduti durante la seconda mondiale⁴⁴. Pur restando la questione effettivamente problematica, ci sembra in qualche modo riduttiva un'applicazione di questo genere, dal momento che, anche al di là di quei tragici eventi storici, è senz'altro possibile trovarsi di fronte a nazioni e popoli i cui sistemi giuridici dimostrano il più evidente e chiaro disprezzo dei principi di uguaglianza, di giustizia e di certezza propri del diritto moderno⁴⁵. Che è quanto, in fondo, come osserva lo stesso Scevola, si è voluto combattere a Norimberga⁴⁶, mettendo sotto processo non solo degli uomini, ma un intero modello costituzionale, quello nazionalsocialista, che del diritto aveva solo la parvenza e che si adoperò per negare esplicitamente *sia* il valore della certezza *che* quello della giustizia⁴⁷.

⁴¹ Bin 2014.

⁴² Bin 2014.

⁴³ Bin 2014.

⁴⁴ Mazzacuva 2013.

⁴⁵ Bin 2014.

⁴⁶ «Il diritto contro la forza, la legge contro la brutalità: i piani non sono confondibili» (Scevola 2019: 54).

⁴⁷ Carducci 1998: 47-66.

BIBLIOGRAFIA

Alexy R. 1997 [1992], *Concetto e validità del diritto*, Torino: Einaudi.

Bin L. 2014, 'Formula di Radbruch', principio di irretroattività e 'Lex Mitior', *Diritto penale contemporaneo* Available at: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2965-formula-di-radbruch-principio-di-irretroattivita-e-lex-mitior>

Bobbio N. 1996 [1961], *Il Positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli.

Calamandrei P. 1946, *Le leggi di Antigone, Il Pont*, 2: 933-934.

Capograssi G. 1950, *Il diritto dopo la catastrofe*, *Jus*, 1: 77-207.

Carducci M. 1998, *La dottrina nazionalsocialista del 'Tatrecht' e il processo di Norimberga*, in A. Tarantino, R. Rocco (eds.), *Il Processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del Simposio internazionale, Lecce 5-6-7-dicembre 1997*, Milano: Giuffrè: 47-66.

Carlizzi G. 2011, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, *Persona y Derecho*, 64 (1): 83-119.

Carlizzi G. 2016-2018, *I fondamenti giuridici della 'Duplice formula di Radbruch'*, *Annali dell'Università degli studi Suor Orsola Benincasa*: 51-70.

Catania A. 1998, *Processo di Norimberga tra diritto naturale e positivo*, in A. Tarantino, R. Rocco (eds.), *Il Processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del Simposio internazionale, Lecce 5-6-7-dicembre 1997*, Milano: Giuffrè: 80-101

Croce B. 1947, *La "colpa" della Germania*, *Quaderni della Critica*, 3 (8): 4-5.

De Bellis S. 1998, *Riflessioni sui crimini contro l'umanità*, in A. Tarantino, R. Rocco (eds.), *Il Processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del Simposio internazionale, Lecce 5-6-7-dicembre 1997*, Milano: Giuffrè: 323-334.

Greppi E. 2001, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino: Utet.

Guido Rodio R. 1998, *Il processo di Norimberga ed i profili del diritto di difesa*, in A. Tarantino, R. Rocco (eds.), *Il Processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del Simposio internazionale, Lecce 5-6-7-dicembre 1997*, Milano: Giuffrè: 241-257.

Hart H.L.A. 1964 [1958], *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano: Giuffrè: 107-166.

Jaspers K. 1965 [1946]: *Die Schuldfrage*, München: Piper GmbH &Co. KG.

Kelsen H. 1989 [1947], *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, *Nuovi studi politici*, 19: 99-115.

Mazzacuva F. 2013, *La corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, *Diritto penale contemporaneo*. Available at: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2470-la-corte-europea-torna-sul-principio-di-legalita-della-pena-e-chiarisce-la-portata-della-cd-formula>.

Radbruch G. 2003 [1932], *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, a cura di R. Dreier e Stanley L. Paulson, 2. Auf., Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Radbruch G. 2013 [1946], *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori (eds.), *Filosofia del diritto*, Milano: Cortina editore: 159-173.

Scevola R. 2019, *Norimberga. Il male sotto accusa*, Milano: RCS Media Group S.p.a.

SgROI S. 2003, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, *Diritto e questioni pubbliche*, 2003: 313-329.

Vassalli G. 1994, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, *Digesto delle discipline penalistiche*, 8: 278-328.

Vassalli G. 2001, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano: Giuffrè.