

«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](#)

di Ludovico Bin

SOMMARIO: 1. I fatti. – 2. La prima pronuncia CEDU sui criteri di individuazione della *lex mitior*. – 3. Ancora una pronuncia sul secondo comma dell’art. 7 CEDU: la Corte chiarisce l’ambito di operatività? – 4. Art. 7.2 CEDU nella giurisprudenza CEDU. – 5. La formula di Radbruch nella cultura giuridica tedesca. – 6. Art. 7.2 CEDU: quale la sua portata, quale la sua *ratio*? L’interpretazione nel caso di specie. – 7. Una strada ancora lunga.

1. I fatti.

Con la sentenza *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia*¹ la Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sull’interpretazione dell’art. 7 CEDU: la decisione rappresenta il primo *assessment* per quanto riguarda i criteri di valutazione della *lex mitior*; inoltre, la Corte chiarisce i limiti all’applicabilità del secondo comma dell’art. 7 CEDU, fornendo l’occasione per un’indagine più approfondita della norma.

Il caso origina dal ricorso del cittadino iracheno Abduladhim Maktouf, cui si aggiunge quello del bosniaco Goran Damjanovic, rei confessi di crimini di guerra avvenuti nel periodo tra il 1992 e il 1995 in Bosnia-Erzegovina, all’epoca dilaniata dalla guerra civile: il primo come compartecipe in un rapimento di ostaggi (*aiding and abetting*), il secondo come autore immediato di un pestaggio (*direct perpetrator*). Alla base delle doglianze dei ricorrenti stava l’applicazione da parte della Corte di Stato bosniaca del codice penale del 2003 in luogo di quello del 1976. Quest’ultimo, ancora in vigore al momento dei fatti, era ritenuto dai ricorrenti meno severo rispetto a quello successivo, poiché, pur prevedendo come massimo edittale la pena di morte, sanzionava i casi meno gravi con pene più miti. La Corte costituzionale bosniaca, investita della questione da parte di Maktouf, confermava la sentenza della Corte di Stato, e ciò induceva Damjanovic – il quale, al termine di una vicenda molto simile, non aveva adito la Corte Suprema in tempi utili – a presentare anch’egli ricorso presso la CEDU.

¹ Sulla quale si segnala il contributo di F. MAZZACUVA, [La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch](#), in *questa Rivista*, 17 settembre 2013.

I ricorrenti lamentavano dunque una violazione del principio di irretroattività della legge penale sancito dall'art. 7 CEDU.

Il governo bosniaco rispondeva ai ricorsi in due punti, sostenendo, in via principale, che la normativa del codice del 2003, poiché non prevedeva la pena di morte per i casi più gravi, fosse da considerarsi più favorevole al reo, secondo quanto stabilito nella pronuncia *Karmo c. Bulgaria* del 2007; e, in via secondaria, che se anche le pene stabilite dal nuovo codice fossero da considerarsi più severe, esse comunque non sarebbero contrarie al primo comma dell'art. 7 CEDU, che sancisce il divieto di retroattività della legge penale, poiché il comma 2 dello stesso articolo permette un'eccezione al suddetto principio per tutte quelle condotte che, pur non essendo previste come reato al momento della commissione dalla normativa interna, sono comunque ritenute crimini secondo i principi di diritto comuni alle nazioni civili.

Nonostante il disaccordo formulato dai Giudici Kalaydjieva e Ziemele nelle loro *concurring opinion*², e superate alcune questioni preliminari³, la Corte esamina i punti in diritto, partendo dall'analisi delle norme codicistiche.

2. La prima pronuncia CEDU sui criteri di individuazione della *lex mitior*.

Le norme dei due codici – si legge nella ricostruzione operata dalla Corte – contengono la medesima fattispecie, e si differenziano solo nella previsione dei minimi e massimi edittali⁴. Il codice del 1976 prevede (l'utilizzo del presente è dovuto al fatto che il codice è tutt'oggi applicato dalle *Entity Courts* bosniache) per i casi meno gravi di crimini di guerra una pena detentiva compresa tra 5 e 15 anni, e nei casi più gravi la pena di morte, convertibile in pena detentiva ventennale; per il complice è previsto l'assoggettamento alla stessa condanna, ma con la possibilità di riduzione della pena fino ad un anno. Il codice successivo invece prevede per le forme meno gravi una pena detentiva tra 10 e 20 anni, e per le forme più gravi una pena detentiva dai 20 ai 45 anni; la medesima disposizione vale nei riguardi del complice, la cui pena può essere ridotta fino a 5 anni⁵. Poiché i due ricorrenti non erano stati accusati di alcun omicidio, la

² I quali sostengono che la questione non riguardi direttamente la Corte, che rischierebbe altrimenti di trasformarsi in un giudice di quarta istanza.

³ È stata respinta la supposta incompetenza della Corte di Stato in violazione dell'art. 6 CEDU eccepita da Maktouf e confermata la ricevibilità del ricorso di Damjanovic, che non aveva previamente esperito tutti i rimedi interni.

⁴ È fuor di dubbio, dunque, che si tratti di successione di leggi e non di *abolitio criminis*, ragion per cui non pare il caso di addentrarsi nel problema dei criteri per stabilire quando vi sia *continuità* nella successione di leggi.

⁵ La Corte opera inoltre una ricostruzione della prassi applicativa delle pene per i crimini di guerra, rilevando come i "tribunali delle entità" (*Entity Courts*) applichino tutt'oggi prevalentemente il codice del '76 ai casi meno gravi, mentre la Corte di Stato applica il codice del 2003 in tutti i casi; la sezione di appello tuttavia, nota la Corte, ha mutato approccio nel Marzo del 2006, data a partire dalla quale ha optato per un esame caso per caso al fine di stabilire quale pena sia più favorevole, con conseguente applicazione del codice precedente nei casi di minore gravità, poiché esso prevede per essi pene più miti.

Corte di Stato bosniaca riconduce le loro condotte alla categoria delle “*forme meno gravi*” della fattispecie: essi sono così sanzionati l’uno con la pena minima ridotta a 5 anni applicando la speciale attenuante per i complici, e l’altro con la pena di 11 anni (lievemente superiore al minimo imponibile che era di 10 anni).

I due ricorrenti lamentano dunque una violazione dell’art. 7 sostenendo che se il giudice nazionale avesse applicato loro il codice del 1976, la riconduzione delle loro condotte all’interno delle *forme meno gravi* di reato avrebbe inevitabilmente comportato l’applicazione di pene detentive decisamente minori; il governo risponde sostenendo invece che una valutazione complessiva delle due discipline non può prescindere dall’evidenza che il codice successivo, pur prevedendo minimi edittali minori, non prevede la pena di morte come massimale e per questo dovrebbe ritenersi, al netto di una valutazione complessiva, più favorevole ai rei.

Una volta stabilito, dal raffronto delle due discipline, che l’unica differenza si attesta sulle diverse cornici sanzionatorie, mentre la formulazione delle norme resta identica, La Corte si pronuncia – dopo il noto *revirement* nella sentenza *Scoppola c. Italia* (no. 2) in cui aveva incluso nella tutela dell’art. 7 il principio della *lex mitior* – anche sulla questione dei criteri per stabilire quale sia la legge più favorevole⁶. In primo luogo, essa ribadisce la propria incompetenza a valutare *in astratto* la compatibilità tra norma interna e diritti fondamentali, ritenendo di dover analizzare caso per caso se dalle norme interne derivi *in concreto* una violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione. Alla luce del fatto che nessuno dei ricorrenti era accusato di omicidio, entrambi gli imputati erano stati assoggettati alle sanzioni minori possibili, e sebbene non potesse dirsi certo che applicando il codice precedente la sanzione sarebbe stata sicuramente più lieve (non tutti i casi che erano stati giudicati dalla *State Court* bosniaca applicando il codice del 1976 avevano infatti portato alla comminazione di pene meno rigide), la Corte ritiene cruciale che *in concreto* questa possibilità comunque esistesse. Da ciò deriva dunque che la mancata applicazione di quel codice costituisce una violazione dell’art. 7.

Questa soluzione appare senz’altro in armonia con la dottrina italiana, che sul punto vede prevalere le opinioni in favore di una valutazione *in concreto*⁷. Secondo

⁶ Va comunque rilevato come in questo caso non si possa parlare di retroattività della legge più favorevole, ma di irretroattività della legge più sfavorevole, ciò che comporta un’inderogabilità assoluta (salvo quanto si dirà più oltre): in Italia il principio della *lex mitior* è stato ricondotto nell’alveo dell’art. 3 Cost. e non in quello dell’art. 25 Cost., e ciò significa che esso, in quanto precipitato del principio di uguaglianza, non gode dell’assolutezza del principio di irretroattività (che ha invece *matrice garantista*, cfr. la voce «*successioni di leggi penali*» di DEL CORSO, in *DPP*, vol. XIV, pp. 84-92) ma è bilanciabile e quindi derogabile “*con il limite del principio d’uguaglianza*” (soprattutto per quanto riguarda i casi di legge intermedia), cfr. PULITANO’, Art. 2, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Forti, Zuccala’, Padova 2008, pp. 14-15, GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, p. 78 ss. Tuttavia, nella sentenza *Scoppola c. Italia* (no. 2), la Corte EDU ha assimilato i due concetti, il primo come naturale discendente del secondo, rendendo dunque il principio della *lex mitior* uno degli “*inviolable core rights*”, quei principi cioè che rappresentano il nucleo duro della Convenzione e che perciò non ammettono alcuna deroga. Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012, pp. 138-140.

⁷ Le posizioni della dottrina in Italia sono ormai da tempo concordanti sulla necessità di una valutazione *in concreto*: Cfr., per tutti, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano 2004, pp. 68-70,

questo criterio, non basta la sola comparazione tra le norme astratte delle diverse discipline succedutesi nel tempo, ma occorre raffrontare i risultati che deriverebbero all'imputato dall'applicazione effettiva dell'una o dell'altra legge alla fattispecie concreta, considerando quindi più favorevole quella che comporta, nel suo complesso, conseguenze per lui meno rigorose: "ciò vale in particolare quando la nuova norma non opera automaticamente in maniera più favorevole, ma fa dipendere tale risultato eventuale da un giudizio affidato ai poteri discrezionali del giudice"⁸. Su questa scorta, secondo autorevole dottrina, "se la vecchia legge prevede un massimo di pena più elevato ed un minimo più ridotto e la nuova, invece, introduce un massimo più mite ed un minimo più rigoroso, si applicherà la prima legge o la successiva, a seconda, rispettivamente, che il giudice intenda applicare al caso concreto una pena edittale minima o massima"⁹: risultato invece irraggiungibile, stante la sua staticità intrinseca, con il criterio *in astratto*. Ciò significa che se la Corte bosniaca avesse seguito tale criterio, valutando alla luce di tutti gli elementi normativi del caso, sarebbe stato determinante che i crimini dei ricorrenti erano stati inquadrati, all'interno della cornice edittale, nella parte a ridosso del minimo di pena, e sarebbe stato dunque logico applicare il codice che per i casi meno gravi fosse più lieve: sulla base di questi rilievi, la Corte di Strasburgo giustamente afferma una violazione dell'art. 7 CEDU. Essa tuttavia ritiene che, poiché i crimini in questione sono riconducibili ad entrambe le discipline, se anche fosse stata applicata la legge più favorevole lo sconto di pena sarebbe stato solo potenziale. Questa conclusione desta qualche perplessità, considerato che scopo della valutazione *in concreto* è proprio quella di individuare la disciplina effettivamente più lieve nel caso specifico, e che pare invero più inerente ad una valutazione astratta, basata solamente su un confronto di minimi e massimi di pena e non attenta alle effettive conseguenze sul trattamento sanzionatorio; né può valere a giustificare una siffatta conclusione il rilievo che la prassi applicativa in Bosnia non abbia sempre portato, quando fosse applicato il codice del 1976, a pene più lievi. Questa semmai è una dimostrazione del

PODO, voce «*successioni di leggi penali*», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino 1982, p. 675 ss., PULITANO', Art. 2, in *Commentario Breve*, op. cit., PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, pp. 134-136, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, p. 88; *contra*, VANNUCCHI, «*La legge più favorevole*» e il comma terzo dell'art. 2 del codice penale, in *Foro Italiano*, 1932, II, p. 361 ss., più recentemente MARINI, *Lineamenti di diritto penale*, Torino 1993, 121-123, e, parzialmente, proponendo una sintesi tra i due criteri, SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano 1987, pp. 124-125. La valutazione *in concreto* è criterio consolidato anche in giurisprudenza fin dagli anni '50 (cfr. per tutte Sent. Corte d'Appello di Torino 1 Dicembre 1954, in *Giustizia penale*, 1954, II, p. 725). Anche la necessità che la valutazione *in concreto* vada intesa in senso oggettivo e non secondo le preferenze soggettive dell'imputato è parimenti fuor di dubbio, cfr. PODO, voce «*successioni di leggi penali*», cit., p. 676.

⁸ Così PULITANO', Art. 2, in *Commentario Breve*, op. cit., art. 2, p. 17.

⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, Bologna 2009, pag. 92; nello stesso senso PODO, voce «*successioni di leggi penali*», cit., p. 676: "Adottando un criterio «astratto» [...] non si saprebbe il più delle volte come individuare la legge più favorevole. [...] non si vede in base a quale metro risolvere il problema qualora una norma aumenti il minimo della pena e contemporaneamente diminuisca il massimo, o viceversa [...]. In tali ipotesi, secondo la corrente dominante, il giudice dovrà rispettivamente accertare se al reo, nel caso concreto, sia applicabile il minimo o il massimo della pena [...], e decidere in conseguenza a norma della legge che permette il trattamento più mite".

tentativo di aggirare il principio della *lex mitior*, poiché se ad uno stesso fatto si infligge con la legge più severa il minimo previsto, e con quella più lieve una pena intermedia, al fine di raggiungere verdetti uguali sia applicando l'una che applicando l'altra, il risultato è quello di frustrare l'effetto della disciplina più favorevole per il reo. Se si analizzano le due discipline, è inevitabile (soprattutto nel caso di *Maktouf*, al quale è applicabile in entrambi i casi l'attenuante per i complici che impone di ridurre al minimo la pena) concludere che, poiché entrambe le discipline prevedono l'assoggettamento alle pene edittali minori per i casi dei ricorrenti, e nell'una tali minimi edittali sono inferiori all'altra, le pene concretamente inflitte con la disciplina più lieve sarebbero state meno gravi. Ogni altra conclusione consisterebbe in una violazione delle garanzie dell'imputato¹⁰.

3. Ancora una pronuncia sul secondo comma dell'art. 7 CEDU: la Corte chiarisce l'ambito di operatività?

Il ricorso difensivo del Governo bosniaco prosegue sostenendo in seconda battuta che, se anche il codice del 2003 fosse da considerarsi più severo di quello precedente, la sua applicazione non andrebbe comunque esclusa in forza del secondo comma dell'art. 7 CEDU, il quale, raccogliendo il lascito della cd. *formula di Radbruch*, prevede che la regola dell'irretroattività della legge penale non debba ostare alla punizione di fatti che al momento della loro commissione costituivano crimini alla luce dei principi generali di diritto riconosciuti dai paesi civili.

Secondo questa regola, sostiene il Governo, "se al momento della perpetrazione, l'azione costituisse un crimine sia secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, sia secondo il diritto nazionale, potrebbe essere inflitta una pena più severa di quella applicabile ai sensi del diritto nazionale al momento dei fatti. Poiché è chiaro che i fatti commessi dai ricorrenti nella presente causa costituivano crimini secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, la regola della non retroattività delle pene non si applicherebbe al loro caso e sarebbe stato possibile infliggere loro qualsiasi pena. In secondo luogo, l'interesse della giustizia imporrebbe di non tenere conto del principio di non retroattività nella

¹⁰ È perciò parimenti censurabile la decisione della Corte di non accordare alcuna *just satisfaction* (come noto, secondo l'art. 41 CEDU, in caso di accertata violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione, ove agli Stati membri non sia possibile riparare – o sia possibile riparare solo parzialmente – al torto causato, la Corte può liquidare una somma a titolo di equo risarcimento) quantomeno al *Maktouf*, il quale aveva già scontato tutti gli anni di detenzione inflittigli e non aveva dunque altra possibilità di ottenere riparazione al torto subito, in conseguenza appunto del fatto che la comminazione di pene inferiori era solo potenziale. Il *Damjanovic* invece, che nel momento in cui questa decisione è stata resa (luglio 2013) si trovava ancora in regime di detenzione, ha chiesto il rinnovo del giudizio per la rideterminazione della pena, e in data 13 dicembre 2013 la Corte costituzionale bosniaca ha ridotto la sua pena a sei anni e mezzo ordinando la scarcerazione.

presente causa”¹¹. Ogniquale volta che un crimine sia inquadrabile all’interno del secondo comma dell’art. 7 CEDU sarebbe dunque possibile applicarvi non solo normative prima inesistenti, ma anche sanzioni successive e più severe rispetto a quelle già esistenti al tempo della commissione.

La Corte ritiene irricevibile la prima delle due motivazioni del governo¹² richiamando principi e ragionamenti già espressi in passato (*X v. Belgium* del 1957) e ripetuti anche in epoche più recenti (in *Tess v. Latvia* del 2002 e in *Kononov v. Latvia* del 2010); i due commi dell’art. 7 CEDU sono da considerarsi collegati e da leggersi in modo sistematico, in forza soprattutto di quanto annunciato nei *travaux préparatoires*. Da ciò consegue che il primo comma è da ritenersi norma generale contenente la regola dell’irretroattività, mentre il secondo, diretto derivato dello Statuto del Tribunale di Norimberga, avrebbe la sola funzione di chiarire l’ambito operativo di tale regola, con lo scopo precipuo di non impedire la fruttuosa contestazione degli atroci crimini commessi dal regime nazista. Una norma dunque che mira a far fronte all’eccezionalità di quel periodo storico, durante il quale si erano prodotte situazioni di impunità a livello nazionale di condotte contrarie ai principi di diritto di ogni paese civile, fornendo basi giuridiche per la successiva punizione di quelle condotte una volta che il conflitto era giunto al termine. E’ dunque evidente, secondo la Corte, come la *ratio* sottesa al comma 2 sia esclusivamente quella di legittimare la punizione degli efferati crimini rimasti impuniti durante e per via della Seconda Guerra Mondiale, e non vada interpretata invece come deroga generale al principio di irretroattività applicabile ogniquale volta una condotta sia qualificabile come crimine secondo i principi del diritto internazionale: l’eccezione al comma 1, dunque, vede il proprio ambito circoscritto in base alle contingenze storiche da cui è stato dettato, e non è applicabile al di fuori di esse.

4. Art. 7.2 CEDU nella giurisprudenza CEDU.

Queste ultime conclusioni sembrano tuttavia stridere con altre precedenti pronunce della Corte di Strasburgo, soprattutto in relazione alla portata del secondo comma, qui limitata solo ai crimini commessi durante la Seconda Guerra Mondiale. In una prima fase, infatti, culminata con la già citata sentenza *Kononov c. Lettonia* del 2010, la Corte aveva cercato di aggirare le questioni sollevate in merito all’applicabilità dell’articolo 7.2 CEDU, spesso risolvendo i casi¹³ in forza del richiamo al diritto

¹¹ Sul punto il Governo rinvia alle sentenze *S.W. c. Regno Unito e Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, e all’obbligo imposto dal diritto internazionale umanitario di punire adeguatamente gli autori di crimini di guerra.

¹² Per quanto attiene alla seconda, si veda, *infra*, pag. 14.

¹³ I più noti sono il caso *S.W. c. Regno Unito* del 1995 e soprattutto il caso *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* del 2001, in cui la Corte ritenne inammissibile il ricorso presentato da tre alti esponenti militari della Germania Est, rei di concorso nell’omicidio di diversi soggetti che tentavano di oltrepassare il muro di Berlino, poiché le norme applicate per punirli non erano affatto successive e imprevedibili (come

internazionale presente nel primo comma. Ritenendo pienamente conforme al comma 1 ogni sanzione che, pur non prevista a livello interno al tempo del fatto, fosse riferita a crimini delineati da fonti internazionali precedenti in modo sufficientemente *prevedibile* ed *accessibile*, essa considerava dunque superflua, in ragione del profondo legame tra i due paragrafi dell'art. 7, ogni ulteriore indagine sul secondo¹⁴. In un secondo filone di pronunce, la Corte ha invece intrapreso una strada decisamente più propensa ad estendere l'ambito di applicazione del secondo comma anche al di fuori di casi relativi alla Guerra Mondiale, ipotesi ormai col tempo sempre meno frequenti.

Nel caso *Kolk e Kislyiy c. Estonia* del 2006, la Corte ritenne inammissibile il ricorso promosso da due funzionari del Governo estone condannati per aver deportato nel 1949 una decina di famiglie estoni in Russia, i quali lamentavano l'applicazione di una previsione inesistente al tempo dei fatti che punisse le loro condotte: la Corte concluse per l'inammissibilità del ricorso poiché, proprio in base all'art. 7.2 CEDU, era da ritenersi legittima l'applicazione delle norme penali successivamente introdotte che punivano la deportazione come crimine contro l'umanità, in quanto tali condotte rappresentavano già nel '49 un crimine secondo i principi del diritto internazionale¹⁵.

Nel caso *Penart c. Estonia* del 2006, la Corte ritenne parimenti inammissibile il ricorso presentato da un ufficiale capo del Dipartimento Elva (che operava agli ordini del Ministero degli Interni estone) condannato per aver organizzato e diretto operazioni volte ad uccidere diversi civili estoni membri della resistenza contro il

lamentato dai ricorrenti) ma preesistenti e sistematicamente disapplicate o coperte da scriminanti di proposito distorte e male interpretate al fine di impedire la punizione, fino alla riunione della Germania: una volta ritenute invalide quelle scriminanti e quelle prassi di Stato, l'esistenza di una fattispecie incriminatrice sia di diritto nazionale che internazionale rendeva dunque le condanne conformi al comma 1 senza bisogno di approfondire l'esame del comma successivo.

¹⁴ La questione della convergenza tra la categoria dei crimini di diritto internazionale del primo comma e quella dei crimini secondo i *principi* di diritto internazionale è delicata: ammettere infatti che i due insiemi si sovrappongano (o che il primo ricomprenda il secondo) renderebbe il secondo comma del tutto superfluo, poiché ogni volta che un crimine fosse descritto da una fonte internazionale (anche non scritta! Vd. § 185 della sentenza *Kononov c. Lettonia*) con sufficiente accessibilità e prevedibilità, il primo comma non sarebbe mai violato e di conseguenza il secondo non troverebbe mai applicazione; mentre ritenere i crimini contro i principi del diritto internazionale menzionati nel comma 2 un insieme più vasto, per esempio implementandovi i principi fondamentali sui diritti umani delineati dalla CEDU, significherebbe rendere derogabile il divieto di irretroattività sia per i *macro-crimini* (quelli di diritto internazionale, cioè crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio) che per le singole violazioni di diritti umani, cosicché «l'irretroattività penale degraderebbe a principio meramente informatore, rinunciabile ogni qualvolta si tratta di proteggere/ristorare la vittima di una violazione delle libertà convenzionali» (così VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 113); esisterebbe tuttavia una condivisibile terza via, secondo Valentini, che consiste nel ritenere l'eccezione *nella* regola del primo comma in senso restrittivo, non intendendo il richiamo al diritto internazionale come sussidiario all'assenza di una previsione interna, ma come richiesta di previsione congiunta, presente cioè in entrambi i livelli, così da depotenziare la portata del primo comma in favore di un maggior spazio vitale per il secondo, cfr. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 113-114. Diversa invece la conclusione di De Sena, secondo cui il rapporto delle due norme andrebbe letto alla luce del ruolo che la seconda ricopre in funzione della prima (vedi nota 40).

¹⁵ Decisione invero criticata, non tanto per le conclusioni quanto per il ragionamento attraverso cui la Corte di Strasburgo vi perviene, da CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, fasc. 4, pp. 410-418.

regime sovietico, di nuovo applicando il secondo comma dell'art. 7 CEDU poiché i fatti imputati, non puniti dal codice penale all'epoca in vigore, rappresentavano già a quel tempo crimini contro l'umanità riconosciuti dalla comunità internazionale.

Nel caso *Linkov c. Repubblica Ceca* del 2006, la Corte apre nuovamente, seppur per vie traverse, all'applicazione del secondo comma anche a casi non legati alla Seconda Guerra Mondiale. Alle prese con un ricorso che lamentava il rifiuto da parte del Governo ceco di registrare il Partito Liberale, poiché annoverava tra i suoi obiettivi quello di introdurre norme penali mirate a punire i crimini contro l'umanità commessi durante il regime comunista proprio invocando l'articolo 7.2 CEDU (obiettivo ritenuto antidemocratico dalle autorità ceche), i giudici ravvisavano come esso fosse invece del tutto in linea con la Carta EDU e fosse pertanto da ritenersi in linea con i principi democratici, accogliendo così il ricorso.

Ancora più evidente è l'apertura nel caso *Naletilić v. Croatia* del 2000, in cui la Corte applica ad un caso molto simile a quello qui in esame una lettura del secondo comma del tutto differente. Il ricorso era stato presentato da un cittadino Croato, condannato per crimini commessi durante la guerra civile del 1992-1995 – proprio come nel caso di specie – il quale si lamentava dell'applicazione delle sanzioni previste dall'ICTY, poiché successive e più severe di quelle pur già esistenti previste dal diritto interno. In quel caso la Corte ritenne inammissibile il ricorso poiché l'applicazione di norme più severe era da ritenersi permessa proprio in base al comma 2. Di nessun ostacolo si era rivelato, dunque, che i crimini fossero avvenuti a parecchi anni di distanza dalla Guerra Mondiale, in un conflitto indipendente ed autonomo.

5. La formula di Radbruch nella cultura giuridica tedesca.

L'art. 7.2 CEDU raccoglie e positivizza l'eredità lasciata dalla *cd. formula di Radbruch*, che deve il suo nome ad un articolo¹⁶ del 1946 di Gustav Radbruch (1878-1949)¹⁷.

Nella sua versione originaria, alla base della formula risiede la considerazione che la legge trae la propria validità non dalla propria forza impositiva, ma dalla sua

¹⁶ Articolo pubblicato per la prima volta nel fascicolo n. 5/1946 della rivista *Süddeutsche Juristenzeitung* e ripubblicato in seguito in raccolte postume. L'articolo è consultabile in lingua originale al link http://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/jur-zimmermann/LV_2010_2011/Koll_Radbruch_Aufsatz-SJZ_1946_105.pdf

¹⁷ Come scrisse Guido Fassò, *“l'esperienza del regime nazionalsocialista, delle iniquità da esso perpetrate, e della catastrofe in cui il paese ne era stato travolto, induceva molti a ricercare valori che non solo non dipendessero dalla volontà dello Stato, ma che a questa potessero imporsi limitandola e controllandola. [...] Proprio verso la fine della guerra si ebbe la clamorosa conversione al giusnaturalismo di Gustavo Radbruch”*, FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Bologna, 1970, pp. 396-397. Cfr. anche G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, § 6. Sull'evoluzione del pensiero di Radbruch, cfr. PAULSON, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post- War Papers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, 2006, pp. 17-40, e LEAWOODS, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 2000.

intrinseca capacità di produrre certezza del diritto; essa non deve dunque la sua capacità di coercizione all'autorità che l'ha posta o alla forza per mezzo della quale è applicata, ma al suo stesso contenuto. Tale esigenza, la certezza del diritto, è superiore a qualsiasi altra, stante l'irrinunciabilità di un diritto valido, ma può tuttavia entrare in conflitto con un altro principio (l'unico) di pari rango, la giustizia¹⁸: da questo conflitto sorge allora l'interrogativo su quale sia il limite fino al quale possa spingersi l'esigenza di un diritto certo quand'esso sia ingiusto, e la *formula di Radbruch* si pone come soluzione. In prima battuta, essa prevede che l'esigenza di certezza del diritto sia tanto necessaria da poter giustificare anche un diritto sostanzialmente ingiusto, poiché una simile circostanza sarebbe comunque migliore dell'assenza totale di diritto, finché tale ingiustizia non raggiunga livelli così intollerabili da costringere la certezza del diritto a cedere il passo: è questo il cd. *torto legale*, un diritto talmente ingiusto da non potersene tollerare la validità, e che deve essere pertanto disapplicato dal giudice¹⁹. Questa linea di confine poggia su un criterio, l'*intollerabilità*, che presta forse il fianco a critiche di eccessiva discrezionalità; esiste tuttavia (secondo quella che viene ormai dai più definita come *seconda formula di Radbruch*, o *Verleugnungsformel*) un'ulteriore linea di demarcazione, che distingue il diritto invalido poiché troppo ingiusto da quello che invece, pur attribuendosene il *nomen*, diritto non è proprio. Si tratta di un diritto ispirato a principi totalmente contrari ad ogni istanza di equità ed eguaglianza, che in questo modo nega quella che è la base di ogni ordinamento giuridico positivo, il tentativo appunto di perseguire la giustizia²⁰: questa seconda distinzione, richiedendo che l'ingiustizia sia così manifesta da risultare plateale, appare invero più nitida della prima. Immediato appare il riferimento alle leggi naziste più spietate²¹. Il diritto nazista, o almeno quella grande parte di leggi totalmente arbitrarie e discriminatorie, non può definirsi semplicemente come diritto intollerabilmente ingiusto, ma addirittura come assenza totale di diritto: tutto il diritto prodotto in questi termini è dunque radicalmente invalido poiché già alle fondamenta esso è non-diritto.

Riemerge in queste poche parole l'eterna disputa tra positivisti e giusnaturalisti, tra certezza del diritto ad ogni costo e diritto come strumento teso alla ricerca della giustizia sostanziale e ad essa sottomesso; il diritto nazista si pone come il banco di prova ideale, rappresentando da un lato un ordinamento positivo formalmente valido

¹⁸ Per la verità Radbruch include anche un altro principio, quello della funzionalità allo scopo, componendo così una triade di principi tra i quali effettuare il bilanciamento; esso tuttavia ricopre la posizione più bassa nella gerarchia e non è di grande incidenza sulla formula, non sembra pertanto il caso di approfondirne l'esame in questa sede.

¹⁹ Per un'analisi più approfondita sulla questione se la formula intenda rivolgersi al legislatore o al giudice cfr. BIX, *Radbruch's formula and conceptual analysis*", in *The American journal of jurisprudence*, 2011, vol. 56, pp. 45-57.

²⁰ Cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 5 ss.

²¹ Ed infatti Radbruch nel suo articolo subito vi si rivolge: "secondo questo metro, intere parti del diritto nazionalsocialista non hanno mai raggiunto la dignità di diritto valido. La qualità dominante della personalità di Hitler, quella stessa che è diventata l'essenza di tutto il 'diritto' nazionalsocialista, era la sua totale mancanza di senso della verità e del diritto. Per la mancanza di senso del diritto, egli poteva senza preoccupazioni elevare a legge l'arbitrio più grossolano".

ed efficace, e dall'altro la manifestazione più chiara di diritto opposto ad ogni idea di giustizia.

Spostando la questione su un terreno più strettamente giuridico, la questione si lega indissolubilmente al divieto di retroattività della legge penale, e può riproporsi in questi termini: possono crimini così feroci come quelli perpetrati sotto il regime nazista rimanere impuniti poiché non sanzionati (o addirittura imposti) al momento della loro commissione, o il "bisogno di pena" che questi crimini richiamano può giustificare una deroga ad un principio considerato assoluto in ogni nazione civile, quale quello di irretroattività della legge penale?²²

Il successo della formula di Radbruch può certo apparire scontato, considerando la particolare epoca in questione, in cui il mondo intero era sconvolto dalle atrocità commesse durante il conflitto mondiale e l'esigenza di punire quei crimini così atroci appariva una necessità imprescindibile²³.

I processi di Norimberga, tuttavia, che sembravano il terreno predestinato alla soluzione delle importanti questioni filosofico-giuridiche sopra menzionate, non riuscirono ad assolvere il compito di dirimere il conflitto. Il Tribunale di Norimberga, mascherato da giudice imparziale e nascosto dietro il velo di tribunale dei crimini internazionali (nella fattispecie, *crimini di guerra*, *crimini contro la pace*, e *crimini contro l'umanità*)²⁴, aggirò la questione della retroattività delle sanzioni eludendone il divieto, sostenendo che le condotte incriminate costituissero già crimini secondo diversi trattati internazionali, i quali, seppur non tutti ratificati dalla Germania nazista, furono considerati ratificati da un numero di Stati sufficiente ad elevarli al rango di consuetudini internazionali, rendendoli così vincolanti anche per la Germania stessa²⁵.

²² Questo era il dilemma fondamentale cui si trovarono a discutere i più illustri giuristi del tempo e dei decenni successivi: da una parte, chi come Radbruch era disposto a privarsi per un momento di quelle garanzie tipiche dello Stato di diritto pur di appagare il bisogno di punire quei crimini, dall'altra invece chi sosteneva come fosse altrettanto ingiusto incriminare condotte che al tempo erano conformi alla legge violando a sua volta un principio cardine di uguaglianza e giustizia.

²³ "La punizione di questi crimini deve ormai costituire uno degli obiettivi principali della guerra" dichiarò Churchill già nell'Ottobre 1942. Come ricorda Garapon, "alcuni sondaggi mostrarono che la maggior parte dell'opinione pubblica inglese e di quella americana era favorevole alla punizione dei criminali di guerra tedeschi. Ma chi parla di punizione non si riferisce necessariamente al processo: l'idea di una citazione in tribunale germogliò piuttosto negli ambienti d'élite" GARAPON, *Crimini che non si possono né perdonare né punire*, Bologna, 2004, p. 15.

²⁴ Come nota Vassalli, solo le prime due categorie erano in realtà coperte da trattati internazionali, mentre quella dei *crimini contro l'umanità* era stata creata *ad hoc* per includere crimini slegati dalla guerra: "ma in realtà, se ben si guarda a tutto il contenuto del citato Statuto e della Convenzione a cui esso è annesso [...] ci si accorge facilmente che la suddivisione dei delitti in questione in tre categorie è dovuta soprattutto al fatto che mentre per le prime due è stato facile elencare le norme di diritto internazionale delle quali si addebita la violazione [...] per la terza il compito si presentava assai meno agevole, soprattutto volendo astrarre [...] dalle norme dei singoli ordinamenti [...]; al punto che i pubblici accusatori, a proposito dei delitti appartenenti alla terza categoria, non citano a sostegno legale dell'accusa se non lo stesso art. 6 dello Statuto". In VASSALLI, *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano, 1995, p. 21.

²⁵ Come è facile immaginare, il processo di Norimberga fu salutato con grande favore dai giusnaturalisti tedeschi, che vedevano in esso il riconoscimento della primazia di un diritto naturale aggiornato e moderno, molto più vicino ai diritti dell'uomo che alla legge divina; negli anni che seguirono la formula di

La questione ebbe a riproporsi con maggior vigore a partire dal 1949, una volta che l'occupazione delle potenze vincitrici giunse al termine e la Germania fu divisa in due Stati: la distanza fra bisogno di giustizia e le esigenze di certezza del diritto raggiunse forse il suo apice, non lasciando spazio a considerazioni di carattere strettamente giuridico quali il divieto di retroattività. Sulla scia dei risultati raggiunti con i processi di Norimberga, la *formula di Radbruch* sotto il giudizio delle Corti nazionali tedesche trovò attuazione piena: con ampio ricorso al diritto naturale quale giustificazione, tutte quelle norme che incarnavano lo spirito iniquo, discriminatorio ed ingiusto del regime nazista furono considerate invalide *ab origine*²⁶ e dunque annullate.

Radbruch fu al centro di consistenti dibattiti dottrinali anche oltreoceano, tra chi criticava una simile intrusione della morale sul campo del diritto e chi invece difendeva i risultati raggiunti a Norimberga. Vassalli ricorda principalmente gli 'scontri' tra Hart e Fuller sulle pagine dell'*Harvard Law Review*, nella seconda metà degli anni '50; cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., § 7.

Da notare come l'A., pur critico in linea di stretta teoria, si mostri comprensivo riguardo agli strappi al principio di irretroattività, giustificati dall'eccezionalità della situazione: "*Indubbiamente fu molte volte violato il principio di irretroattività delle norme incriminatrici e attraverso di esso il principio nullum crimen, nulla poena sine lege; ma non è possibile travolgere tali leggi sotto un giudizio complessivo e tanto meno sotto un giudizio interamente negativo dal punto di vista dei principi giuridici in esse consacrati*", VASSALLI, voce «nullum crimen, nulla poena sine lege» in *DPP*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 295.

²⁶ A riguardo, sono certamente sintomatiche della centralità assunta dalla formula nel pensiero giuridico del dopoguerra alcune sentenze della Corte federale di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*, *BGH*), istituita nel 1950, e della Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*), istituita nel 1951. La prima, in una causa civile per il risarcimento del danno chiesto da una vedova cui erano stati uccisi marito e figlio in esecuzione dell'ordine di emergenza (*Katastrophenbefehl*) che comandava l'immediata esecuzione di ogni disertore senza bisogno di processo alcuno, si pronunciava sostenendo che se anche l'ordine (invalido e non vincolante poiché emanato al di fuori di ogni procedimento legislativo) fosse stato promulgato con le forme richieste, esso sarebbe stato parimenti invalido; la motivazione è una citazione espressa dall'articolo di Radbruch del 1946: "*la 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*" (VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 51 ss.; l'A. riprende i casi esaminati da R. Alexy in *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, tradotto in Italia come *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997). Pronunce successive si mantennero sulla stessa linea, ribadendo il principio per cui quelle leggi naziste così discriminatorie e ingiuste erano da considerarsi non-diritto, e quindi nulle fin dal principio; su questa scorta, fu negata validità a tutti i decreti (*Verordnungen*) sulla cittadinanza e sull'esclusione degli ebrei dalla vita economica. Anche sul versante penale, seppure in assenza di citazioni espresse, il *BGH* fece propri i principi della formula con ampi riferimenti al diritto naturale o sovrapositivo.

La Corte costituzionale federale si mantenne invece su posizioni decisamente più equilibrate, negando l'invalidità originaria di alcune branche dell'ordinamento nazista quali i rapporti di pubblico impiego. Nei primi casi che ebbe a dirimere, il *BVerfG* colse l'occasione per precisare la portata della formula di Radbruch, secondo la quale sarebbero stati da considerarsi non diritto solo quei casi di ingiustizia manifesta (*offenbares Unrecht*), mentre al resto dell'apparato normativo, pur persistendo dubbi sulla validità dell'*Ermächtigungsgesetz* (la legge sui pieni poteri del 1933 da cui scaturì tutta la legislazione del regime), doveva riconoscersi una "*forza di validità sociologica*": quella che secondo Radbruch era la prevalenza della certezza del diritto sulla giustizia quandanche quel diritto fosse (non intollerabilmente) ingiusto. Seguendo un principio, quello della formula, ormai saldo, il *BVerfG* rende diverse decisioni negli anni a seguire in cui analizza a fondo il contenuto delle leggi indiziate di invalidità, stabilendo caso per caso quando esse superino la soglia della tollerabilità e quando invece la loro ingiustizia non sia tale da

In tutta questa prima fase di *superamento del passato per mezzo del diritto*²⁷, la formula di Radbruch prevalse dunque su qualsiasi disputa in merito al principio di legalità; la disputa giuridica trovò tuttavia nuova linfa nella fine della Repubblica Democratica Tedesca (DDR), allorché i giudici della Repubblica Federale Tedesca (BRD) si trovarono a giudicare sui crimini commessi in un territorio che per 40 anni era stato sotto il dominio sovietico.

Si riproponeva così la *vexata quaestio* tra chi voleva rendere giustizia alle vittime del regime (questa volta comunista), e chi sosteneva l'impossibilità (e l'inopportunità) di strappi al sacrosanto principio di legalità. Tralasciando, per ragioni di spazio, le innumerevoli posizioni espresse in dottrina²⁸ ed i problemi riguardanti la prescrizione e le immunità, vale la pena esaminare brevemente quelle che furono le sentenze rese, in rapporto al principio di irretroattività, nei processi contro le guardie di frontiera²⁹. Una volta accertato che il diritto da applicare fosse quello della DDR³⁰, il *Landgericht* di Berlino dovette affrontare la spinosa questione delle cause di giustificazione da esso previste che eliminavano l'antigiuridicità delle uccisioni avvenute sul Muro. Due diverse sezioni dello stesso Tribunale arrivarono a punire tali condotte applicando il diritto previgente nella DDR, ma seguendo *iter* argomentativi profondamente diversi.

In una prima sentenza³¹ la norma che giustificava l'utilizzo delle armi da fuoco sul confine (lo *Schießbefehl*), pur ritenuta in astratto conforme ai principi di uno Stato di

prevaricare la certezza del diritto (per una più approfondita disamina, si rinvia nuovamente a VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., § 9).

²⁷ Cfr. AMBROSETTI, *In margine alle cd. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, fasc. 2, p. 596.

²⁸ Per le quali si rinvia a VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 119 ss., e, per una disamina più approfondita delle posizioni di Jakobs, a AMBROSETTI, *In margine alle cd. sentenze del muro di Berlino*, cit., p. 602 ss.

²⁹ Un breve accenno meritano comunque i giudizi resi contro i giudici che avevano preso parte ai famosi "processi di Waldheim", accusati non solo di sequestro di persona e omicidio, ma anche e soprattutto di *Rechtsbeugung*, (reato che consiste nella torsione del diritto e nella sua applicazione volutamente erronea al fine di favorire o danneggiare una parte) che trae le sue radici proprio dall'articolo di Radbruch del 1946, ed il processo a Erich Honecker, Presidente del Consiglio Nazionale di Difesa della DDR per diversi anni e responsabile dell'inasprimento delle misure adottate sul Muro, ritenuto colpevole di istigazione all'omicidio sulla base della semplice incompatibilità di tale normativa con i principi fondamentali dello Stato di diritto e i diritti dell'uomo generalmente riconosciuti.

³⁰ Già dal 1983 alcune Corti della BRD (Sentenza dell'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf del 3 novembre 1983, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 1277 ss.) ritenevano il loro diritto applicabile anche ai cittadini della DDR, considerati pur sempre cittadini tedeschi, ma fino alla riunificazione le ipotesi applicative erano state decisamente scarse; con l'entrata in vigore del Trattato di unificazione (*Einigungsvertrag*, 3 ottobre 1990), invece, fu dettata una disciplina specifica che prevedeva, in ossequio al principio di legalità e segnatamente al principio di irretroattività, l'applicazione delle norme in vigore al momento del fatto: tutti i crimini commessi nel territorio della DDR prima della riunificazione erano dunque assoggettati al diritto proprio della DDR (da notare come già nel 1963 il *Landgericht* di Stoccarda, durante un processo ad una guardia di frontiera per un omicidio commesso sul versante orientale del confine, avesse ritenuto la DDR come parte del territorio tedesco "a prescindere dalla situazione politica del tempo", cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 80 ss.).

³¹ Sent. della sezione ordinaria (*Schwurgericht*) del *Landgericht* di Berlino 20 gennaio 1992, in *Juristen Zeitung*, 1992, p. 691 ss., riassunta e analizzata in AMBROSETTI, *In margine alle cd. sentenze del muro*, cit., p. 612 ss.

diritto, fu dichiarata nulla in considerazione dell'eccessiva discrezionalità che poneva in capo alle guardie di frontiera e che aveva l'effetto di frustrare ogni limite al ricorso incondizionato alle armi. Con ampio ricorso alle sentenze del *BGH* e del *BVerfG* degli anni '50 e '60, e dunque alla formula di Radbruch, fu sostenuto come tale norma fosse del tutto in contrasto con i principi di umanità e giustizia, e fosse incompatibile anche con la stessa Costituzione della *DDR* (che all'art. 30 sanciva il diritto alla vita e all'integrità fisica). Una volta annullata tale norma, la Corte concluse per la riespansione della fattispecie di omicidio, norma preesistente e valida, così ritenendo non violato il principio di irretroattività.

Una seconda sentenza di poco successiva³², invece, sempre in riferimento alla stessa norma, si rifece alla formula di Radbruch in negativo, sostenendo come una legge, per considerarsi nulla, dovesse intaccare il *nucleo essenziale del diritto*, non potendo bastare la semplice divergenza dei principi ispiratori in materia da quelli propri della Repubblica federale: se le norme sulla frontiera della Repubblica Democratica erano di certo dure e ingiuste, esse comunque non raggiungevano quel livello di intollerabilità necessaria a renderle addirittura invalide *ab origine*, soprattutto in confronto alle disumane leggi naziste; se la causa di giustificazione era dunque valida, essa era stata tuttavia in concreto ecceduta dalle guardie di frontiera, che avevano aperto un fuoco indiscriminato e micidiale invece di mirare alle gambe dei fuggitivi come previsto dallo *Schießbefehl*, e alle quali essa era dunque inapplicabile: la Corte concluse così per la responsabilità a titolo di dolo eventuale.

Investito della delicata questione³³, il *BGH* si espresse su quest'ultima sentenza confermandola, ma utilizzando argomentazioni in buona parte coincidenti con quelle formulate nella prima: la legge sul confine della *DDR* fu dunque ritenuta, non solo per quello che prevedeva, ma anche per come era stata effettivamente interpretata e applicata, contraria ai principi più elementari di giustizia ed ai diritti fondamentali dell'uomo; questo ricorso alla formula di Radbruch fu ancorato a diverse fonti pattizie di diritto internazionale³⁴ (cui la Corte ritenne la *DDR* vincolata) come parametro attraverso il quale evincere il grado di intollerabilità delle norme sulle scriminanti in questione, per stabilire dunque se la certezza del diritto potesse resistere o dovesse cedere il passo. Una volta dichiarata la nullità della scriminate, la Corte si spinse oltre, affermando che anche ritenendola valida, essa fosse da interpretare sulla base delle norme di diritto internazionale richiamate, le quali di certo non avrebbero permesso

³² Questa volta resa dalla *Jugendkammer*, la sezione minorile del *Landgericht* di Berlino; in *Neue Justiz*, 1992, p. 418 ss.

³³ Se, ricapitolando, nella prima sentenza la scriminante sull'utilizzo delle armi da fuoco era stata dichiarata nulla per contrasto con i principi fondamentali di giustizia ed uguaglianza, nella seconda tale contrasto non era stato ritenuto abbastanza forte da invalidare la norma, e la condanna era stata fondata sul mancato rispetto dei presupposti da essa delineati. Privilegiare allora la tesi della *Jugendkammer* sulla validità dello *Schießbefehl* avrebbe permesso di incriminare in futuro solo gli esecutori materiali rendendo invece vano ogni tentativo di punire gli organi politici responsabili, mentre sconfessandola si sarebbe aperto uno spiraglio per l'annullamento di quella sentenza.

³⁴ In particolare, agli art. 6 e 12 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, che sanciscono il diritto alla vita ed alla libertà di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio.

un'applicazione così indiscriminata ed arbitraria. Infine, ricalcando quanto già espresso dal *Landgericht* di Berlino, la Corte ribadì le considerazioni sul principio di irretroattività, considerandolo non violato in virtù dell'applicazione di una norma, quella sull'omicidio, già esistente al momento dei fatti³⁵.

In seguito, ebbe a pronunciarsi in argomento anche il Tribunale costituzionale federale, adito da tre ex-membri del Consiglio nazionale di difesa e da una guardia di frontiera condannati dal *BGH*, i quali lamentavano l'illegittimità di quelle sanzioni considerate retroattive: l'invalidazione successiva di una causa di giustificazione, sostenevano i ricorrenti, era una violazione della funzione di garanzia espletata dal principio di non retroattività a tutela dei cittadini, ed esso, a contrario delle posizioni espresse dal *BGH*³⁶, doveva estendersi a tutto il diritto vivente, fatto non solo di leggi scritte ma anche di interpretazioni e prassi di Stato. Il Tribunale, ammessa in linea di principio l'estensione del divieto di retroattività anche alle cause di giustificazione "*non scritte*", riprende la questione del conflitto tra giustizia e certezza del diritto, evidenziando come tale divieto debba considerarsi collegato alla "*vita normale di uno Stato democratico*"³⁷, in cui il divieto di retroattività è principio posto a garanzia del cittadino dagli abusi dello Stato e non viceversa³⁸: esso sarebbe perciò sacrificabile quando lo Stato si trovi nell'eccezionale situazione di dover applicare un diritto prodotto dagli abusi di uno Stato scevro di democrazia, giustizia e uguaglianza. Quelle scriminanti, dunque, così come furono interpretate ed applicate nella prassi, erano espressione di una estrema ingiustizia statale, e dovevano dunque ritenersi invalide in favore di una riesplorazione di quelle norme che, pur dettate e conformi ai dettami dello Stato di diritto, erano state invece sistematicamente disapplicate.

Il solco tracciato da questi precedenti non fu abbandonato nei mesi e negli anni a seguire, e quando Egon Krenz, ultimo Presidente della *DDR*, fu condannato per istigazione all'omicidio in relazione a quattro uccisioni avvenute sul Muro, e ricorse alla CEDU (*Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*), la Corte di Strasburgo confermò tale impostazione: le norme scritte della *DDR* sulla gestione del confine furono considerate in linea con i principi democratici, ma la prassi interpretativa ed applicativa che aveva portato alla non punizione degli omicidi fu ritenuta illegittima, avendo gli imputati potuto evitare un'incriminazione solo in virtù di una torsione del diritto da essi stessi determinata.

³⁵ Per un esame delle successive sentenze del *BGH* si rinvia ai già abbondantemente citati lavori di Vassalli (p. 100 ss.) e Ambrosetti.

³⁶ Il quale, nella sentenza sopra citata, aveva ritenuto coperte dal suddetto principio solo le scriminanti stabilite *ex lege* e non anche quelle derivanti dalla prassi.

³⁷ VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 112.

³⁸ Cfr. la voce di Vassalli «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» in *DPP*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 285: "Esso [il principio di irretroattività] intende soprattutto costituire una barriera contro gli abusi di ispirazione politica che caratterizzano i regimi totalitari ed oppressivi e contro le ricorrenti tentazioni di regimi che comunque subentrano in modo antagonistico ad un diverso regime precedente. [...] Indubbio è pertanto il suo collegamento con il carattere democratico di uno Stato e con l'osservanza di principii di giustizia".

Sulla scia del successo, soprattutto³⁹ giurisprudenziale, ottenuto in Germania, la *formula* è stata cristallizzata nell'odierno art. 7.2 CEDU, introducendo una deroga al principio di non retroattività⁴⁰. Una simile scelta fu probabilmente dovuta soprattutto all'epoca storica in cui il Trattato istitutivo della CEDU fu firmato, in cui i processi di Norimberga si erano appena conclusi, sicché una affermazione incondizionata del principio di irretroattività "*avrebbe potuto suonare a critica delle leggi varate nell'immediato dopoguerra*"⁴¹.

6. Art. 7.2 CEDU: quale la sua portata, quale la sua *ratio*? L'interpretazione nel caso di specie.

Questa dunque è l'origine dell'attuale comma 2 art. 7 CEDU, una formula ideata per risolvere quei problemi che una troppo rigida osservanza dei principi di legalità e di certezza del diritto produrrebbe in relazione a norme frutto di regimi antidemocratici e segnate da profonda ingiustizia⁴². Stante la fortuna che essa ha ottenuto in Germania dopo il crollo dell'URSS, appare allora forse possibile ipotizzare che la norma CEDU derivata non abbia esaurito la sua portata con la fine dei processi del dopoguerra.

Se infatti la *ratio* della *formula* era di legittimare l'applicazione di sanzioni poste successivamente al *tempus commissi delicti*, così da punire fatti che per le condizioni

³⁹ Le opinioni in dottrina sono state invece molto contrastanti, e numerosi autori hanno sottolineato l'incoerenza di uno Stato che, in quanto democratico, si erge a giudicare un regime violando un principio cardine di democrazia quale quello in parola (vd. nota 25).

⁴⁰ Questa l'opinione dominante in dottrina, ma è invero controverso se la positivizzazione della formula sia da considerarsi una vera e propria deroga al suddetto principio o meno. Se in passato i dubbi erano minori (cfr. BERNARDI, ART. 7, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, p. 298) oggi sul punto non vi è pacifica convergenza di opinioni: a chi sostiene che essa incarni niente meno che una vera e propria eccezione ad un principio altrimenti inderogabile (eccezione *alla* regola, in contrapposizione all'eccezione *nella* regola contenuta nel primo comma, cfr. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 109-114. Cfr. anche CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, p. 99 ss.), si oppongono quanti invece si rifanno ai *travaux préparatoires* (come in effetti avviene nel caso di specie) per sostenere come il secondo comma sia una norma di coordinamento e specificazione di una disciplina coerente ed organica (cfr. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, fasc. 2, pp. 416 ss.). Per una visione d'insieme delle varie teorie odierne si rinvia a NICOSIA, *Art. 7, Par. XVI*, in *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova 2012, pp. 289-290.

⁴¹ Cfr. BERNARDI, ART. 7, in *Commentario*, op. cit., pp. 298-299.

⁴² Un'opzione, questa, che a livello internazionale Donini definisce come *retroattività apparente a fronte di una giustizia calpestata*, ben più accettabile dei vari esempi di giustizia del vincitore sul vinto che si sono avvicendati a livello nazionale dopo la fine della Guerra Mondiale, DONINI, *Giustizia e ingiustizia "criminale", tra legge, storici e sentenze. Quasi un commento a G. RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in TAVILLA, a cura di, *La giustizia Criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, Bologna, 2012, pp. 25-35

eccezionali in cui sono avvenuti non sarebbero stati altrimenti sanzionabili, non è difficile immaginare nuove simili circostanze in cui crimini atroci (è ormai indifferente che si tratti di crimini di guerra o contro l'umanità)⁴³ manchino di norme penali *ad hoc* a livello interno proprio per via del particolare momento storico in cui sono stati commessi, anche al di fuori e successivamente alla Seconda Guerra Mondiale. Situazioni così simili non dovrebbero essere disciplinate in modo opposto sulla base di un criterio più storico che giuridico; ed è invero compito del diritto farsi carico delle esperienze passate per produrre soluzioni *pro futuro*. A ben guardare, in effetti, è proprio quello che è avvenuto in Germania: pur non potendosi neanche paragonare le atrocità commesse sotto la dittatura nazista con le esecuzioni sul Muro di Berlino, anche in quest'ultimo caso la strada prescelta è stata quella suggerita dalla *formula di Radbruch*, invalidare cioè le norme ingiuste di regime che prevedevano cause di giustificazione per quegli omicidi, permettendo una riespansione della fattispecie di omicidio a tutti gli effetti retroattiva. Se è vero infatti che la *formula* nasceva direttamente dall'esigenza di punire i crimini del nazismo, è parimenti vero che i principi di cui essa fu portatrice siano ancora oggi alla base delle moderne democrazie, e non abbiano perso significato una volta processato l'ultimo efferato criminale nazista.

Su queste basi, sembrerebbe ampiamente condivisibile⁴⁴ una lettura che estenda l'ambito di operatività della norma CEDU, che ne ricordi le origini ma non la isoli ad esse, dimodoché essa possa applicarsi a qualunque situazione presenti i medesimi substrati di fatto, senza che ne siano intaccate la *ratio* e la forma, poiché le ipotesi applicative presupporrebbero le medesime circostanze ed il medesimo fine, la punizione retroattiva di crimini che rimarrebbero altrimenti impuniti per via dell'incapacità e dell'instabilità politica nazionale (a patto ovviamente che tali crimini siano così gravi da essere riconosciuti dall'intera comunità internazionale). Si tratterebbe di un'interpretazione assolutamente coerente con le radici storiche ed in linea con la formulazione letterale, tesa a ritagliare gli elementi contingenti al momento storico in cui essa fu scritta, cioè la presenza di situazioni eccezionali (quali appunto un regime dittatoriale od una occupazione armata del territorio) che impedivano la punizione di crimini così gravi da essere riconosciuti dall'intera comunità internazionale, per incollarli a tutte le situazioni di fatto che in futuro presentino quelle caratteristiche. Un'operazione, dunque, che consenta l'ultrattività della *ratio* ispiratrice della clausola di Norimberga anche dopo gli orrori della Guerra, rendendo la norma legittimamente applicabile in quanto *universale*⁴⁵.

⁴³ Come noto, con la discussa sentenza sul caso *Touvier c. Francia* del 1997, in cui il ricorrente lamentava l'applicazione retroattiva di una legge che sanciva l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, la Corte EDU ha interpretato in modo molto estensivo (ai limiti dell'analogia, secondo alcuni) l'art. 7.2 CEDU, ampliandone l'applicabilità fino a ricomprendere anche questi ultimi, cfr. DE SENA, *Convenzione europea*, cit., pp. 392-428.

⁴⁴ Ed in effetti, già molti Paesi hanno incluso tale norma nelle loro Costituzioni, cos' come evidenziato nella *concurring opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque cui aderisce il Giudice Vučinić (nota 50 della sentenza in esame).

⁴⁵ Cfr., tra i tanti, WALDRON, *The rule of law in contemporary liberal theory*, in *Ratio juris*, Vol. 2 No. 1, pp. 79-96, in cui l'A. spiega come uno dei requisiti più importanti per la definizione del principio di legalità nel

Tornando al caso di specie, questa pronuncia ha invece segnato un cambio di rotta sulle tendenze interpretative dell'art. 7.2 CEDU avvalorate in passato. I giudici hanno infatti manifestato una netta chiusura all'estensione del secondo comma, escludendo la sua estensibilità al presente caso proprio in virtù delle sue origini storiche, e sostenendo che esso era stato progettato solo per giustificare la punizione dei crimini del nazismo.

Il ragionamento della Corte appare invero del tutto contrario rispetto ai precedenti più sopra citati, e segnatamente rispetto al caso *Naletilić*, in cui tale norma fu applicata nonostante i crimini fossero stati commessi durante la stessa guerra civile bosniaca. Due situazioni di fatto analoghe, due soluzioni opposte: sullo sfondo, un equilibrio interpretativo assai vacillante, che ha determinato decisioni disomogenee ed imprevedibili, e la necessità di maggiore chiarezza sulla strada da seguire.

Ma il problema non si limita solo alla questione dell'ambito storico di applicabilità: estraendo dalla norma in esame la sua *ratio*, cioè quella di porre rimedio alle gravi lacune giuridiche (siano esse dovute alla mancanza di norme incriminatrici o alla successiva dichiarazione di nullità di cause di giustificazione) prodottesi durante un regime dittatoriale, è facile comprendere come il contesto storico di base non sia sufficiente perché essa sia applicabile, dovendo l'ordinamento giuridico indiziato di ingiustizia sostanziale concretizzarsi in una normativa effettivamente così iniqua da risultare inaccettabile e dunque inapplicabile. E' insomma necessario un ulteriore requisito, ossia la presenza di una norma (intollerabilmente, direbbe Radbruch) ingiusta, o l'assenza di una norma che limiti condotte incompatibili con un ordinamento democratico⁴⁶.

La soluzione appare semplice nel caso di totale assenza di norme incriminatrici (che rappresentano anche la maggior parte dei casi esaminati a Strasburgo): la *formula di Radbruch*, così come è stata formalizzata nell'art. 7 comma 2, legittima espressamente

dibattito moderno sia una formulazione delle norme tale che esse possano applicarsi ad ogni situazione del tipo descritto e non solo a sotto-categorie specifiche della stessa.

Va inoltre senz'altro segnalato come la Comunità Europea abbia ripreso quasi interamente (l'unica differenza sta nella locuzione "tutte le nazioni" al posto di "nazioni civili") il comma 2 nell'art. 49.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: è questo probabilmente un segno non solo della volontà di preservare la norma così come interpretata dalla CEDU, ma anche dell'intenzione appunto di generalizzarla ed estenderla ad ogni caso simile a quelli relativi alla Seconda Guerra Mondiale, questi ultimi ormai fisiologicamente rari e infrequenti. E' infatti difficilmente immaginabile che l'UE abbia inteso ripeterla col solo scopo di continuare a sanzionare i crimini avvenuti in quel conflitto, mentre pare assai più probabile e di certo maggiormente desiderabile che lo scopo di questa riproposizione sia appunto quello di trasformare una norma finora ad hoc in un principio generale.

⁴⁶ Un'ulteriore problematica è quella relativa al terzo requisito per l'applicabilità del secondo comma (oltre dunque a quello discusso del contesto storico e a quello appena menzionato della presenza di norme ingiuste/assenza di norme giuste), secondo cui l'eccezione al principio di irretroattività è possibile solo per quelle condotte che configurino dei *crimini secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*. Nel caso di specie, tuttavia, la corrispondenza dei crimini imputati alla definizione normativa appare pacifica, motivo per cui non sembra necessario addentrarsi ulteriormente nella questione; si rinvia comunque alle considerazioni svolte in BERNARDI, *ART. 7*, in *Commentario*, op. cit., pp. 301 ss., e in NICOSIA, *Art. 7*, in *Commentario breve*, op. cit., p. 288 s.

la punizione successiva di crimini altrimenti non punibili, per cui in questi casi la problematica si riduce all'individuazione dell'ambito per così dire *storico* cui ritenere applicabile l'eccezione⁴⁷. Più complicata risulta invero in tutti quei casi in cui esista una norma precedente, sia essa *inadeguatamente* punitiva o *ingiustamente* scriminante, poiché il comma 2 nulla dice a riguardo⁴⁸. E' in questo solco che si inserisce l'ultimo dei motivi di ricorso del Governo bosniaco, il quale richiama un generale dovere di punizione adeguata secondo i principi del diritto umanitario internazionale⁴⁹, che permetterebbe di derogare al divieto di retroattività per soddisfare gli interessi della giustizia. Nel conflitto di principi, che vede da una parte la necessità di punire crimini così gravi, e dall'altra le garanzie tipiche del principio di legalità, secondo il Governo quest'ultimo dovrebbe cedere il passo⁵⁰. La Corte tuttavia si astiene dal dirimere *in radice* questo conflitto di principi, limitandosi a notare come le Convenzioni di Ginevra prevedano anche il principio di irretroattività delle sanzioni (senza nulla aggiungere riguardo ai rapporti interni alle Convenzioni tra i due principi in esame) e come nel caso di specie i fatti contestati fossero comunque punibili secondo entrambi i codici (senza nulla aggiungere riguardo all'adeguatezza o meno delle sanzioni previste dalla legge più favorevole), lasciando così la questione ancora aperta a successivi sviluppi. Considerato come il richiamo a Radbruch appaia immediato, per giungere ad una soluzione pare indispensabile tenere a mente quella che è la *ratio* originaria della *formula*. Essa infatti insegna che una norma preesistente sia nulla solo quando essa sia ingiusta oltremisura, quando cioè sia contraria ai principi base di uguaglianza e giustizia tipici di uno Stato democratico. Ed il criterio che individua tali inaccettabili ingiustizie, cioè che esse siano *manifeste*, pur non esente da qualche riserva circa la sua intrinseca vaghezza, sembra comunque idoneo a tracciare in modo abbastanza nitido una prima linea di confine tra sanzioni adeguate e non: potranno dunque ritenersi invalide solo quelle norme che prevedano pene così poco adeguate al crimine che si prefiggono di punire da far venir meno addirittura il concetto di sanzione stessa (e saranno parimenti nulle tutte quelle scriminanti che impediscano la punizione di gravi crimini sulla base di interessi largamente inferiori al bene vita, quali il semplice arbitrio del dittatore).

L'operato della Corte nel caso *Naletilić* appare perciò senz'altro censurabile: se per un verso si accredita l'applicazione del comma 2 in un caso non attinente alla Guerra Mondiale, appare invece incoerente che tale applicazione avvenga nonostante la presenza già all'epoca dei fatti di una norma penale interna sicuramente idonea a

⁴⁷ Senza dimenticare la questione su quali siano precisamente i crimini che possano annoverarsi tra quelli comuni a tutte le nazioni civili appena ricordato.

⁴⁸ E nulla aggiunge, nella presente pronuncia, la Corte, che come si è visto si ferma ad attestare la non applicabilità del comma 2 fuori dai crimini relativi alla Seconda Guerra Mondiale (Vd., *supra*, pag. 4).

⁴⁹ Il riferimento è alla *Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio* (1948), alle quattro Convenzioni di Ginevra (1949) ed ai due protocolli aggiuntivi (1977).

⁵⁰ Anche Cassese sembra dello stesso avviso: "Thus, the need to make international values upholding human dignity (and the legal rules enshrining those values) prevail over diverging national legislation, tips the balance in favour of international law, to the detriment of the accessibility and foreseeability of criminal law", CASSESE, *The balancing*, op. cit. p. 417.

sanzionare in modo adeguato la condotta del ricorrente (la pena massima prevista dal codice penale croato era venti anni di reclusione, pena di certo non manifestamente inadeguata, mentre l'ICTY avrebbe potuto imporre l'ergastolo).

Nel caso in commento, invece, la norma preesistente più favorevole è stata giustamente ritenuta sufficientemente adeguata (o meglio, non manifestamente inadeguata) a punire le condotte incriminate⁵¹. La *ratio* della *formula* si propone infatti di far fronte a norme eccezionalmente ingiuste, e la sua natura è quella di una deroga: non è dunque possibile un'applicazione generalizzata e poco rigorosa dei suoi requisiti. I giudici, tuttavia, si sono fermati all'esame dell'ambito di efficacia storico della norma, preferendo non schierarsi sulla questione dell'applicabilità o meno della stessa laddove una sanzione penale adeguata già esista nell'ordinamento interno. Sarebbe stato preferibile sotto questo aspetto un espresso distacco dal caso *Naletilić v. Croatia* (così come auspicato anche nella *concurring opinion* dei Giudici Pinto De Albuquerque e Vučinić), soprattutto considerando che il Governo aveva richiamato a suo favore proprio quel precedente, ritenuto perfettamente assimilabile al caso di specie, suggerendo un'identica soluzione; la Corte invece ha sorvolato il punto, limitandosi a respingere l'argomento del Governo sulla base della diversa cornice storica, senza nulla aggiungere riguardo alla presenza di una norma interna adeguata, segno probabilmente di tempi ancora immaturi per una definitiva soluzione della questione interpretativa riguardante questo comma.

7. Una strada ancora lunga.

Rebus sic stantibus, la decisione in esame sembra aver complicato il quadro interpretativo riguardante il secondo comma dell'art. 7 CEDU, segnando una decisa inversione di marcia rispetto alla direzione tracciata negli ultimi anni. Ricapitolando, l'applicazione dell'eccezione prevista dal suddetto secondo comma richiede l'esame di tre requisiti: l'ambito storico di operatività, la previsione dei crimini in oggetto all'interno dei *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, e l'assenza di una sanzione *ad hoc* o la presenza di una norma intollerabilmente ingiusta (sia essa una sanzione inadeguata o una scriminata ingiusta).

Mentre il secondo requisito non pare meritevole di più approfondite analisi, poiché esso non ha presentato problemi di sorta nel caso di specie, riguardo agli altri due sembra necessario spendere ancora qualche parola.

Quanto al primo, si è visto in quali circostanze è sorta la *formula* che ha ispirato l'eccezione, e quale sia stato il suo successo applicativo anche in seguito ai processi di Norimberga; se tuttavia in un primo momento anche la Corte di Strasburgo sembrava intenzionata ad estendere l'ambito di operatività, in questo caso essa ha optato per una

⁵¹ Basti ricordare che la norma preesistente, quella del codice penale del 1976, prevedeva la pena di morte come massimo edittale, e che il ricorso del Governo bosniaco sosteneva in prima battuta come essa fosse più severa rispetto a quella successiva.

lettura estremamente restrittiva che non accetta la sopravvivenza della deroga oltre il suo scopo originario. Questa scelta desta più d'una perplessità, considerando la portata generale della norma e la mancanza di un riferimento espresso ai crimini del nazismo all'interno della stessa⁵²; essa inoltre priverebbe l'ordinamento convenzionale di un ottimo strumento per dirimere senza riserve di certezza del diritto futuri casi simili alle situazioni di impunità sopra analizzate: e davvero non è difficile immaginarne delle ipotesi. Si potrebbe così sostituire il complesso dei diritti fondamentali dell'uomo tutelati dalla Convenzione a quell'idea di diritto sovra-positivo che Radbruch indicava come parametro di giustizia ideale⁵³ cui il diritto positivo deve tendere, e dal quale solo esso trae validità e legittimazione.

Anche il terzo requisito pone qualche problema, soprattutto per via del numero esiguo di casi in cui esso ha avuto rilievo. L'assenza di sanzioni penali interne non pare destare preoccupazioni, poiché il secondo comma permette espressamente l'incriminazione successiva a patto che i crimini in oggetto fossero tali secondo i principi di diritto comuni alle nazioni civili, cosicché in questi casi il terzo requisito finisce con l'essere assorbito nel secondo⁵⁴. Ben più problematici appaiono invece i casi in cui preesista una sanzione inadeguata o una scriminante ingiusta. In situazioni simili, al principio di legalità si oppone la necessità (e spesso anche l'obbligo) di punizioni adeguate derivante da fonti sovranazionali: la *formula di Radbruch* propone un criterio, quello della manifesta intollerabilità della norma, che permette di invalidare tutte (e solo) quelle norme così ingiuste da essere totalmente e palesemente contrarie ai principi di uno Stato democratico. Sarebbe così possibile punire successivamente anche crimini che al tempo in cui furono commessi erano puniti con pene intollerabilmente blande, e potrebbero ritenersi inesistenti e inoperanti le cause di giustificazione scaturite da leggi, interpretazioni o prassi del tutto contrarie ai richiamati principi dello Stato democratico, così da riesandere le fattispecie scriminate precedenti. Nell'unico caso, tuttavia, in cui la Corte si è trovata di fronte a tale situazione, il caso *Naletilić*, e in controtendenza rispetto a quanto operato dai tribunali tedeschi nei processi contro le uccisioni sul Muro di Berlino, essa ha interpretato la *formula* in senso eccessivamente estensivo, riconoscendo la possibilità di applicare qualsiasi sanzione successiva senza ulteriori indagini sull'adeguatezza/tollerabilità

⁵² E considerando anche che la stessa norma è stata testualmente ripresa nella Carta di Nizza del 2000, ben 54 anni dopo la fine dei processi di Norimberga, epoca in cui era dunque difficile immaginare ulteriori processi per i crimini del nazismo.

⁵³ Nel 1947, l'anno successivo alla pubblicazione dell'articolo in cui lanciava la sua formula, Radbruch riprese l'argomento in un'opera più completa, incardinandola sistematicamente nella sua teoria del diritto: in questa occasione, egli suggerì come, nelle eccezionali situazioni in cui il diritto sia posto in forme così ingiuste come quelle assunte sotto il regime nazista, la sua validità non fosse legata alla sua capacità di obbligare i consociati, ma fosse determinata da una fonte sovra-positiva, unica e vera fonte legittima del diritto positivo. Cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., p. 24).

⁵⁴ Senza dimenticare che la Corte di Strasburgo, come sopra accennato, ha più di una volta permesso punizioni retroattive di crimini non sanzionati a livello interno al momento del fatto anche senza fare ricorso al comma 2, interpretando in modo forse troppo estensivo il riferimento al diritto internazionale presente nel comma 1.

della sanzione preesistente, equiparando assenza e preesistenza di sanzioni ed esaurendo questo requisito nell'accertamento del secondo. Ciò premesso, anche nel caso di specie erano preesistenti sanzioni penali punitive delle condotte incriminate: la Corte tuttavia non si è spinta ad esaminarne l'adeguatezza (che comunque appare indiscutibile), arrestando il percorso analitico sul ciglio del primo requisito, e lasciando, per il momento, il caso *Naletilić* unica (controversa) pronuncia su un tema ancora da approfondire.

In conclusione, dunque, sembra necessaria una lettura dell'art. 7.2 CEDU che sia estensiva del suo ambito di applicazione oltre i confini storici, cosicché non solo si possano disciplinare situazioni uguali in modo uguale, ma sia anche possibile sfruttare una disciplina certa in situazioni caratterizzate da incertezza del diritto e sommarietà della giustizia, risultato auspicabile soprattutto di fronte a crimini di particolare gravità. Pare tuttavia altrettanto desiderabile che una tale operazione non prescinda da quello che ne costituisce il vero limite, cioè il suo carattere sussidiario. Come emerge dalla *ratio* appena analizzata, il presupposto per l'applicazione della norma non si esaurisce nel fatto che i reati commessi rientrino tra i crimini secondo i principi generali delle nazioni civili, ma esige un ulteriore requisito: è necessario che l'eccezionalità del caso si riverberi sulla mancanza, al momento del fatto, di una norma interna che sanzioni (adeguatamente) quel tipo di reato. In caso contrario, si correrebbe il rischio di trasformare la clausola di Norimberga in una valvola aperta che permette di decidere – successivamente ed arbitrariamente – la pena per ogni comportamento che rientri nella suddetta definizione: e ciò a prescindere dall'esistenza o meno di una disciplina interna previgente. Il che si rifletterebbe inevitabilmente in gravi minacce per la certezza del diritto e le garanzie dell'imputato: una sorta di deroga generalizzata a quel principio di irretroattività della norma penale che rappresenta un fondamentale e inderogabile corollario del principio di legalità.