

Il principio di retroattività e il processo di Norimberga

di Susanna Sgroi

Il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice è una conquista della civiltà di fronte alle invadenze arbitrarie dei poteri costituiti.

L'elaborazione del principio di giustizia racchiuso nel brocardo *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*, che mira alla salvaguardia delle libertà individuali e vieta di incriminare un comportamento che non è proibito dal diritto al momento della sua commissione, risale, nella sua prima esplicita formulazione normativa, alla Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che incarna le rivendicazioni dei rivoluzionari francesi, i quali reclamarono per tutti gli individui, in primo luogo, sicurezza e autonomia dal potere politico.

È la rivoluzione francese che esprime l'immagine di un grande legislatore interprete della volontà generale e che assicura che nessun essere umano potrà più essere limitato nei suoi diritti da un altro essere umano, se non sulla base dell'unica autorità legittima: la legge, dotata dei caratteri di generalità e astrattezza. La Dichiarazione rivoluzionaria dei diritti del 1789 divenne portatrice di queste nuove istanze, stabilendo all'articolo 8: "nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata". Paradossalmente, per quanto il movimento proprio della legge sia verso il futuro, il Tribunale di Norimberga, che condannò, a conclusione del II conflitto mondiale i massimi dirigenti della Germania nazista e che rappresentò «uno dei processi più importanti della storia...perché voleva essere l'espressione della coscienza universale»¹, fondò il suo giudizio e la sua sentenza su leggi create *post factum*.

Pertanto, dopo una breve digressione storica volta a rintracciare le graduali iniziative di codificazione e i tentativi di creazione di una Corte *ad hoc* per la punizione di gravi atti criminali commessi dagli individui, sorge la necessità di chiedersi se il tribunale di Norimberga calpestò le progressive conquiste della civiltà, o se piuttosto la violazione del principio di irretroattività della legge penale può essere giustificata da superiori esigenze di giustizia. A tal fine occorrerà esaminare le tre categorie di crimini, previsti nell'Accordo che istituì a Londra, l'8 agosto 1945, il tribunale di Norimberga, per capire se una legge con valore retroattivo fosse indispensabile.

1. I precedenti storici

Durante i secoli si è progressivamente formata una coscienza giuridica volta a riconoscere l'esistenza di un nucleo di diritti della persona meritevoli di tutela in tempo di guerra. Uno dei più antichi testi che regolamentò la condotta delle ostili-

¹ Cfr. F. De Fontette, *Il processo di Norimberga*, Editori Riuniti, Roma 1997, p.7.

tà: l'*Ordinance for the Government of the Army*, fu pubblicata nel 1385 per ordine di Riccardo II re d'Inghilterra. Con essa il re proibì, comminando la pena di morte, gli atti di violenza contro le donne e i preti disarmati, l'incendio di case, la violazione di chiese e di altri luoghi sacri. Regole simili furono previste nei Codici emanati da Ferdinando d'Ungheria nel 1526, dall'Imperatore Massimiliano II nel 1570 e dal re Gustavo II Adolfo di Svezia nel 1621.

Il problema di ricorrere ad istituzioni giurisdizionali sovranazionali per giudicare i più gravi crimini commessi da individui, si pose per la prima volta nel 1474, allorché Peter Von Hagenbach, comandante delle truppe del Duca Carlo di Borgogna, fu processato e condannato a morte per omicidio, stupro e altri crimini contro le "leggi di Dio e dell'uomo"² commessi durante l'occupazione della città di Breisach. Durante il processo, affidato ad una corte *ad hoc* composta da 28 giudici provenienti da Alsazia, Germania, Svizzera e Austria, l'accusa sostenne che l'imputato aveva instaurato un clima di brutalità e terrore per sottomettere gli abitanti della città di Breisach, e che pertanto si era reso colpevole per avere calpestato le "leggi di Dio e degli uomini". La difesa, invece, puntò tutte le sue argomentazioni sull'obbedienza agli ordini ricevuti dal Duca Carlo di Borgogna.

Il precedente deve la sua autorevolezza non solo alla composizione "internazionale" del collegio giudicante, ma soprattutto alla circostanza che i crimini oggetto del giudizio sfuggivano ad una precisa configurazione giuridica, perché non erano stati commessi durante la guerra, ma in tempo di pace e probabilmente «potrebbero rientrare tra i crimini che oggi definiremmo contro l'umanità»³.

Il primo tentativo di codificazione delle leggi militari avvenne durante la guerra di Secessione. Il codice di Francis Lieber, emanato dal Presidente degli Stati Uniti Abraham Lincoln nel 1863 e destinato alle truppe americane, stabilì l'incriminazione per crimini di guerra, intesi come violazioni gravi delle norme applicabili nei conflitti armati internazionali.

«La codificazione su base nazionale, che prese avvio dalla seconda metà dell'800, si sviluppò a livello internazionale con l'elaborazione di un insieme di convenzioni che, insieme a norme consuetudinarie, si preoccuparono di sanzionare determinate condotte e di imporre agli Stati la repressione. Tale corpo normativo è all'origine dell'attuale diritto dei conflitti armati o diritto internazionale umanitario»⁴.

Sino al XIX secolo i belligeranti ritennero di poter procedere alla repressione delle condotte dei combattenti, ma solo sino alla durata del conflitto in quanto, cessate le ostilità si preferiva concedere il "perdono generale" per meglio consentire il ritorno alla pace⁵. Tuttavia, tale concezione era destinata a mutare con la conclusione del I conflitto mondiale.

Per la prima volta il Trattato di Versailles del 28 giugno 1919, che siglò la pace tra gli Stati Alleati e associati e la Germania, enunciò il diritto delle potenze Alleate di giudicare e punire i responsabili di gravi violazioni delle leggi e degli

² Cfr. Illuminati, Stortoni, Virgilio, *Crimini Internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino 2000, p.3.

³ Cfr. www.amnesty.it/campaign/icc/library/schede/scheda6.html

⁴ Cfr. Illuminati, Stortoni, Virgilio, op. cit. p.4.

⁵ Cfr. P. Verri, *Appunti di diritto bellico*, Arma dei Carabinieri, Roma 1990, p.151.

usi di guerra. In particolare, secondo gli articoli 228 e 229 del Trattato, il Governo tedesco riconosceva il diritto degli Alleati di giudicare i suoi cittadini, accusati di avere commesso atti in violazione delle leggi e degli usi di guerra, e a tal fine si impegnava alla consegna dei responsabili, affinché potessero essere processati dal tribunale dei vincitori. Tuttavia il governo tedesco, in una nota del 20 gennaio 1920, rifiutò di consegnare gli accusati. Pertanto i casi che avrebbero dovuto essere giudicati da un tribunale *ad hoc*, furono invece trasferiti al tribunale supremo tedesco, il *Reichsgericht*, che, istituito con legge del 17 dicembre 1919, fu dichiarato competente a giudicare i crimini e i delitti commessi dai tedeschi in Germania o all'estero. La corte suprema del Reich, a conclusione del processo che si svolse a Lipsia il 16 gennaio 1921, irrogò pene modeste ad alcuni imputati e assolse molti altri, «ma sulla base del Trattato di Versailles, per la prima volta riconobbe valido il principio della responsabilità penale dei militari che si erano resi responsabili di crimini nel corso della guerra»⁶. Inoltre l'articolo 227 del Trattato, affermò che le potenze Alleate avrebbero costituito un tribunale speciale, per sottoporre a giudizio l'imperatore della Germania Guglielmo II di Hohenzollern “per il supremo crimine contro la moralità internazionale e la santità dei trattati”. Tuttavia l'iniziativa non ebbe seguito perché l'Olanda, che concesse asilo al Kaiser, con un comunicato del 14 febbraio 1920, rifiutò di aderire alla richiesta di estradizione affermando di non essere vincolata dal Trattato di Versailles.

Il 10 agosto 1920 gli Alleati della I guerra mondiale firmarono con la Turchia il Trattato di Sèvres, il cui articolo 230, riferendosi ai massacri compiuti dagli Armeni in Turchia, attribuì ad ogni potenza il diritto di giudicare i responsabili delle stragi. Il Trattato, però, non entrò mai in vigore. Nell'agosto 1928 il patto Briand-Kellogg⁷ condannò la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie politiche internazionali. È senz'altro importante, inoltre, ricordare l'operazione tentata a Ginevra nel 1937 dalla Società delle Nazioni che approvò una Convenzione volta ad istituire una Corte Penale Internazionale per processare i futuri responsabili di reati di terrorismo. Tuttavia la Convenzione non raggiunse mai il numero di ratifiche sufficienti per entrare in vigore.

Quanto successe è significativo perché prova il tentativo della Comunità Internazionale di tradurre in diritto positivo l'idea che era maturata dopo la fine del I conflitto mondiale vale a dire quella di favorire il ritorno alla pace evitando di concedere l'impunità per i crimini commessi. Il 17 aprile 1940 i governi di Francia, Inghilterra e Polonia denunciarono le persecuzioni naziste contro il popolo polacco e l'atroce trattamento riservato alla comunità ebraica della Polonia. Il 25

⁶ Cfr. V. Aymone, *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in A. Tarantino e R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano 1998, p.226.

⁷ Il 6 aprile 1927 il ministro degli Esteri francese Aristide Briand, in occasione del decimo anniversario dell'intervento degli Stati Uniti nella I guerra mondiale, indirizzò al popolo americano un messaggio nel quale proponeva “la messa fuori bando della guerra”. Questa formulazione ebbe tanto successo che, in seguito ad uno scambio di note tra Briand e il segretario di Stato americano Frank Billings Kellogg, fu concepito un trattato multilaterale di rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale nelle reciproche relazioni tra Stati. Il patto Briand-Kellogg fu sottoscritto a Parigi il 27 agosto 1928 da 15 Stati – inclusa la Germania – ed entrò in vigore il 24 luglio 1929. Nel 1939 il trattato era valido tra 63 Stati i quali condannavano la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie politiche internazionali.

ottobre 1941 il presidente americano Roosevelt denunciò sul piano morale i crimini commessi dai capi nazisti e, lo stesso giorno, Winston Churchill dichiarò che la punizione dei criminali doveva essere considerata uno degli scopi principali della guerra⁸.

Pertanto già durante il II conflitto mondiale, non solo il timore di ripetere il fallimento dei processi di Lipsia ma soprattutto l'evidenza dei massacri nazisti, impose all'attenzione degli Alleati la necessità di porre le basi per la creazione di un tribunale che, al termine del conflitto, avrebbe dovuto giudicare i colpevoli. A tal fine le modalità di punizione dei criminali furono affidate a comunicati e dichiarazioni.

Con la dichiarazione di Saint James del 13 gennaio 1942, gli Alleati elevarono a rango di fondamentale obiettivo bellico la punizione giudiziaria dei capi nazisti. La dichiarazione presentò due elementi di notevole importanza: «l'esigenza di una procedura giudiziaria e l'idea che la responsabilità dei crimini non doveva essere ascritta solo a coloro che ne erano stati gli autori materiali, ma anche a chi, per gli ordini che impartì, ne fu il responsabile morale».⁹ Il 6 agosto 1942 il governo britannico auspicò un accordo interalleato che affrontasse il problema della competenza giurisdizionale di un tribunale che avrebbe dovuto applicare solo le leggi in vigore, senza alcuna possibilità di ricorrere a provvedimenti creati appositamente. Ma fu solo con la Conferenza di Mosca del 19 ottobre 1943 che Roosevelt, Churchill e Stalin approvarono la dichiarazione che precisò: «...nel momento in cui sarà concesso l'armistizio al governo tedesco, gli ufficiali e i soldati tedeschi, e i membri del partito nazista, responsabili o complici delle atrocità dei massacri e delle esecuzioni...saranno consegnati ai paesi in cui hanno commesso i loro abominevoli atti, per essere giudicati e puniti secondo le leggi di quelle nazioni...I tedeschi che hanno partecipato alle fucilazioni in massa degli ufficiali polacchi, degli ostaggi francesi, norvegesi...sappiano che saranno condotti sulla scena dei loro misfatti e giudicati sul posto dai popoli che hanno martirizzato...I criminali di guerra tedeschi i cui crimini non siano localizzabili geograficamente saranno puniti dai governi alleati con un verdetto comune»¹⁰.

Non vi era, tuttavia, tra gli Alleati un unanime modo di ragionare e ciò emerse con decisione nel novembre 1943 durante la Conferenza di Teheran, allorché Stalin disse: «Brindo alla giustizia dei plotoni di esecuzione»¹¹. Churchill si adirò e Stalin fu costretto ad assicurare il rispetto delle regole. Il 6 giugno 1945 il protocollo di Potsdam ribadì l'intenzione degli Alleati «di giudicare rapidamente i grandi criminali di guerra, i cui crimini non sono localizzabili geograficamente»¹².

⁸ Cfr. F. De Fontette, op. cit. p.27.

⁹ Cfr. F. De Fontette, op. cit. p.28.

¹⁰ Cfr. F. De Fontette, op. cit. p.29.

¹¹ L'episodio è raccontato da Winston Churchill, in *La seconda guerra mondiale*, vol.V, Mondadori, Milano1966, p.435ss.

¹² Cfr. F. De Fontette, op. cit., p.31.

2. *Il tribunale di Norimberga*

Dopo molti mesi di collaborazione le quattro potenze vincitrici il II conflitto mondiale, USA, Inghilterra, Francia e Russia, firmarono, l'8 agosto 1945, l'Accordo di Londra il cui articolo 1 creava il Tribunale Militare¹³ Internazionale di Norimberga¹⁴ per processare e punire i maggiori criminali di guerra dell'Asse, "la cui attività criminale sfuggiva ad una precisa localizzazione giuridica". L'articolo 12 dell'Accordo consentiva al tribunale di procedere in contumacia, non solo nel caso di irreperibilità dell'imputato, ma anche «ove per qualunque ragione ritenga necessario, nell'interesse della giustizia, condurre il procedimento in sua assenza»¹⁵. La scelta della città dove celebrare il processo aveva un significato altamente simbolico: Norimberga era stata il luogo delle grandi adunanze del partito nazista, delle celebrazioni dei congressi, e il suo nome era legato alla legge fondamentale "per la protezione del sangue e dell'onore tedesco" emanata il 15 settembre 1935.

Il processo si svolse dal 20 novembre 1945 al 1° ottobre 1946, e fu causa di interminabili dispute che ancora oggi animano il dibattito tra gli studiosi, soprattutto perché si è tentati di offrire una spiegazione razionale «là dove la vicenda oggetto del processo si è strutturata e sviluppata esattamente in senso contrario, come affermazione diffusa e pervasiva dell'irrazionalità, del caos»¹⁶.

Il primo problema che emerse a Norimberga riguardò la composizione del collegio giudicante. Affermato il proposito di giudicare i criminali nazisti, ci si chiese a chi competeva il giudizio. «In pace quando lo Stato è ordinato, i processi si svolgono nell'ambito di un chiuso ordine statale. Dopo una guerra non può che esserci il tribunale dei vincitori»¹⁷. Furono, infatti, solo i giudici designati dalle quattro nazioni vincitrici a comporre il collegio, nessuno dei giudici apparteneva alla nazionalità dei vinti, né a paesi neutrali, nessun soldato o comando alleato fu giudicato dal Tribunale Militare di Norimberga per avere indiscriminatamente bombardato Dresda, Hiroshima e Nagasaki. Ciò aveva corrotto la volontà di giu-

¹³ Il tribunale fu qualificato "militare" ma in realtà tutti i giudici, fatta eccezione per il maggior generale dell'Armata Rossa Iola T. Nikicenکو e il suo assistente, il colonnello Pokrovskij, erano civili. Probabilmente la natura militare del tribunale è il «riflesso del carattere eccezionale, straordinario, della vicenda punitiva dei criminali di guerra. La giurisdizione militare si manifesta in un certo qual modo come di "emergenza"» cfr. E. Greppi, *I Criminali di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino 2001, p.10.

¹⁴ Numerosi altri processi per delitti di guerra furono celebrati in Europa per giudicare migliaia di altri imputati. Inoltre fu istituito il 9 gennaio 1946 il tribunale di Tokjo, o Tribunale Internazionale per l'Estremo Oriente che comprendeva i rappresentanti dell'Australia, India, Canada, Nuova Zelanda, Olanda e Filippine i quali giudicarono i criminali giapponesi. Il processo si concluse nel novembre 1948, e i problemi di legalità che sollevò furono gli stessi che si posero a Norimberga.

¹⁵ Cfr. R.G. Rodio, *Il processo di Norimberga ed i profili del diritto di difesa*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.261.

¹⁶ Cfr. M. Carducci, *La dottrina nazionalsocialista del *Tatrecht* e il processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco op. cit. p.45.

¹⁷ Cfr. Karl Jaspers, *La colpa della Germania*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1947, p.59.

stizia e compromesso sul nascere l'autorità di un tribunale che esprimeva evidentemente la volontà degli Alleati di «costruire un processo politico»¹⁸.

Inoltre, poiché gli atti compiuti dai nazisti sfuggivano a qualunque previsione di legge, i vincitori rivestirono contemporaneamente il ruolo di giudici e di legislatori creando, per esplicita previsione dell'art.2 dell'Accordo di Londra, lo Statuto – o anche detto Carta – del Tribunale Militare Internazionale che stabilì le regole di costituzione, giurisdizione e funzione del tribunale. Per la prima volta fu dichiarato esplicitamente che «il preparare, provocare e condurre una guerra di aggressione, o cospirare con altri a tal fine, è un delitto contro la società internazionale, e che il perseguire, opprimere e fare violenza a individui o a minoranze, per motivi politici, razziali o religiosi connessi con tale guerra e sterminare, mettere in schiavitù e deportare le popolazioni civili, sono veri e propri delitti internazionali, e gli individui sono responsabili di tali delitti»¹⁹.

Lo Statuto di Norimberga, che stabilì l'incriminazione per atti commessi prima dell'8 agosto 1945, decretò all'art.6²⁰: «Tutti e ognuno dei seguenti delitti sono compresi entro la giurisdizione del Tribunale, che li metterà a carico delle responsabilità individuali:

Delitti contro la pace: e precisamente disegno, preparazione, inizio e condotta di una guerra di aggressione, o di una guerra in violazione dei trattati, accordi ed assicurazioni internazionali, o partecipazione ad un piano, cospirazione e complotto comune per qualsiasi delitto sopra elencato.

Delitto di guerra: e precisamente violazione delle leggi e delle usanze di guerra. Tali violazioni comprendono, ma non esclusivamente, l'assassinio, i maltrattamenti e la deportazione forzata di lavoratori o di altri elementi della popolazione dei paesi occupati, l'assassinio ed il maltrattamento dei prigionieri di guerra o di persone in mare, l'uccisione di ostaggi, il saccheggio delle proprietà pubbliche o private, la distruzione ingiustificata di città e villaggi, e le devastazioni non giustificata da necessità militari.

Delitti contro l'umanità: e precisamente assassinio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione e ogni altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra; persecuzioni per motivi religiosi, razziali o politici sempreché tali atti o persecuzioni – abbiano o meno costituito una violazione del diritto interno del paese in cui sono stati commessi – siano stati perpetrati nell'esecuzione o in connessione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale.

I capi, gli organizzatori, gli istigatori ed i complici partecipanti alla formulazione ed esecuzione di un piano comune o complotto per qualsiasi dei delitti sopra nominati, sono responsabili per tutti gli atti commessi da ogni persona connessa con l'esecuzione del piano medesimo». L'art.8 stabilì:«Il fatto che un imputato abbia agito in ossequio a ordini del proprio governo o di un proprio superiore non libererà l'imputato medesimo dalla responsabilità penale, ma potrà costituire atte-

¹⁸ Cfr. A. Catania, *Diritto positivo e processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.84

¹⁹ Cfr Fulvio Paolini, *A dieci anni dal processo di Norimberga: la sua giustificazione*, Cappelli, Bologna 1956, p.17.

²⁰ Le elencazioni delle fattispecie criminali contenute nell'articolo 6 della Carta di Londra sono meramente esemplificative.

nuante all'atto della comminazione delle pene che il tribunale riterrà di infliggere all'imputato medesimo».

L'art.27 prevede il diritto per il tribunale di imporre ad ogni imputato la pena di detenzione o di morte, od ogni altra pena che avrebbe ritenuto giusta.

Molti giuristi sostennero che le accuse previste nella Carta di Londra «non avrebbero potuto essere contestate perché all'epoca in cui erano accaduti i fatti non esisteva una legge penale internazionale che li considerasse delitti. In altre parole, addebitando queste imputazioni in base a una norma retroattiva veniva violato il principio *Nullum crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia* che da secoli appartiene alla civiltà europea a tutela della libertà dell'individuo e che stabilisce che nessuno può essere punito per fatti che, quando vennero compiuti, non rappresentavano giuridicamente un reato né per essi era prevista una pena»²¹.

Il 19 novembre 1945, alla vigilia della solenne apertura del processo, l'avvocato Otto Stahmes, difensore di Göring, presentò a nome di tutta la difesa una mozione²² in cui rilevava che nessun trattato allora esistente consentiva di considerare la guerra ingiusta come un crimine punibile dalla legge, pertanto sostenne che il processo non poteva essere celebrato in forza dell'antica massima *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*. L'istanza fu respinta il 21 novembre, ma nel corso del processo l'eccezione fu sollevata più volte. In realtà si cercò di dimostrare che, sebbene la Carta di Londra rappresentasse la sola fonte autorevole di legge, il principio *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia* era stato 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. «Si rilevò che pur in assenza di una normativa specifica a Norimberga si cominciò e si continuò a porre in luce la circostanza per la quale esiste una parte del diritto internazionale, così come esiste una parte del diritto nazionale, che fa riferimento al concetto di diritto naturale e ne trae le basi contenutistiche sostanziali: Diritto naturale che riguarda la tutela essenziale dell'individuo, in questo senso si vuole parlare di diritto di natura, non già con riferimento alla scuola del giusnaturalismo giuridico, bensì proprio con riferimento alla natura umana, al fatto che è connaturato nell'individuo essere tutelato e rispettato nella sua dignitàEra chiaro che la creazione del tribunale di Norimberga poteva anche essere vista come reazione alle nefandezze della II guerra mondiale, ma era chiaro ed era assolutamente indiscutibile che il diritto individuale alla vita di ciascun individuo alla sua dignità doveva essere tutelato in qualche modo e riaffermato»²³.

E di fronte all'incitazione all'odio razziale, alla soppressione dei malati di mente, allo sterminio degli zingari, polacchi, slavi, ebrei, la legittimità del tribunale si fondava non solo su un accordo «ma su ciò che era profondamente sentito in quel momento storico, come senso della giustizia e della legalità»²⁴. È vero che a

²¹ Cfr. G. Mayda, *I dossier segreti di Norimberga*, Mursia, Milano 1997, p.15ss.

²² Cfr. G. Mayda, op. cit. p.18; G. P. Calabrò, *Il processo di Norimberga tra diritto naturale e giustizia politica*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.107.

²³ Cfr. M.R. Saulle, *Il senso della legalità nel processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.35.

²⁴ Cfr. M.R. Saulle, op. cit. p.36.

Norimberga «si procedette nell'impianto accusatorio retroattivo. Ma si trattò di una retroattività apparente e parziale, nella misura in cui, di fronte al vuoto prodotto dall'*Un-Recht* nazista, qualsiasi istanza di giustizia si è dovuta prospettare inesorabilmente come *Natural Justice*»²⁵.

La Carta di Londra accordò la giurisdizione del tribunale su tre generi di reati: i crimini contro la pace, di guerra e contro l'umanità, prevedendo, per le tre categorie, la responsabilità individuale dell'autore, dei dirigenti, organizzatori, istigatori o complici. Occorre cercare di capire se questi crimini erano “nuovi” e senza precedenti.

2.1. Crimini contro la pace

I “crimini contro la pace”, previsti nell'art.6 lett. a, furono definiti dal tribunale di Norimberga «i supremi crimini internazionali... che racchiudono in sé tutti gli altri mali»²⁶.

Uno degli elementi di ambiguità che presentò l'atto d'accusa riguardò la nozione di crimini contro la pace e soprattutto di “guerra di aggressione”. Perché «è discutibile pensare che ogni guerra sia di per sé giudicabile per le modalità in cui viene svolta, per gli episodi cui dà luogo: la guerra va vista come uno strumento volto alla distruzione del bene più prezioso dell'umanità, la vita di un essere umano. La guerra di per se stessa è un'illecittimità»²⁷. Ed è assurda la distinzione «tra guerra giusta e ingiusta, legale e illegale, offensiva e difensiva. Perché si potrebbe dire che la guerra è un fatto, e come tale non tollera giudizi di valore»²⁸.

La guerra di aggressione era sempre esistita, ma non era mai stata dichiarata ufficialmente come “criminale”.

«All'epoca del processo in nessun accordo internazionale era stata prevista una responsabilità per chi avesse programmato e realizzato un'aggressione bellica... ed è quindi indubbio che l'art.6 lett.a dello Statuto, prevedendo per la prima volta un'ipotesi criminosa da applicare a fatti e comportamenti realizzati in precedenza, costituisce un provvedimento legislativo *ex post facto*, in violazione del principio di legalità»²⁹.

Ma alcuni autori hanno sostenuto che il reato contestato al Kaiser Guglielmo II non era la violazione dei trattati, ma il crimine contro la pace: il Kaiser sarebbe stato responsabile per avere scatenato una guerra di aggressione.

Secondo Kelsen, il più grande merito dell'Accordo di Londra fu di avere dato vigore all'idea della responsabilità penale individuale. Kelsen criticò le affermazioni rese dal tribunale di Norimberga che cercò di dimostrare come il patto

²⁵ Cfr. M. Carducci, op. cit. p.52.

²⁶ Cfr. H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 2002, p.262.

²⁷ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti umani e Costituzione*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.143.

²⁸ Cfr. N. Bobbio, *Nozioni e diritto: Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen*, in M. G. Losano (a cura di) Hans Kelsen – Umberto Campagnolo, *Diritto Internazionale e Stato sovrano*, Giuffrè, Milano 1999, p.94.

²⁹ Cfr. V. Aymone, op. cit. p.234.

Briand-Kellogg del 1928 avesse già previsto la responsabilità individuale per il ricorso alla guerra in violazione del patto stesso.

Tuttavia il patto Briand-Kellogg proibiva il ricorso alla guerra, e non la progettazione, la preparazione, lo scatenamento della guerra. Nel suo preambolo il patto stabiliva: «ad ogni potenza firmataria, che in futuro cercherà di perseguire i propri interessi nazionali con il ricorso alla guerra, dovrebbero essere negati i benefici previsti da questo trattato». Kelsen evidenziò come la sanzione contenuta nel patto, non dava vita ad una responsabilità penale individuale, perché prevedeva che «tutti gli Stati parti del patto, e non solo le vittime immediate di una guerra illegittima, sarebbero autorizzati a ricorrere alla guerra contro uno Stato che, in violazione del patto, sia ricorso alla guerra. Rappresaglie e guerra, quali sanzioni, sono dirette contro uno Stato come tale, e non contro gli individui che formano il suo governo. Queste sanzioni danno vita ad una responsabilità collettiva, non ad una responsabilità penale di determinati individui..... Una guerra intrapresa in violazione di trattati che proibiscono il ricorso alla guerra, specialmente in violazione del patto Briand-Kellogg, è certamente illegittima. Ma non è necessariamente una guerra di aggressione, come il trattato di Londra assume. Una guerra di aggressione è una guerra dal lato dello Stato che è il primo ad aprire le ostilità contro il suo opponente. Tale azione può essere legittima come illegittima»³⁰.

La sentenza del tribunale di Norimberga affermò: «È provato che il patto Briand-Kellogg non stabilisce espressamente che tali guerre sono delitti, né istituisce corti per giudicare coloro i quali fanno tali guerre. A un tale livello di ragionamento, lo stesso è vero per leggi di guerra contenute nella Convenzione dell'Aja del 1907, la quale proibisce il ricorso a certi metodi di guerra, che includono l'inumano trattamento dei prigionieri, l'impegno di armi velenose, l'improprio uso di bandiere bianche, e simili. Molti di questi divieti venivano fatti osservare molto tempo prima della stipula della Convenzione; ma dal 1907 le loro violazioni costituiscono certamente dei crimini punibili come offese contro le leggi di guerra. Tuttavia la Convenzione dell'Aja in nessun punto designa tali pratiche come criminali, né prescrive alcuna condanna, né fa menzione di una corte per giudicare e punire i trasgressori. Per molti anni in passato, tuttavia i tribunali militari hanno giudicato e punito individui responsabili di violazioni delle regole di guerra terrestre affermate da questa Convenzione. Nell'opinione del tribunale, coloro i quali intraprendono una guerra aggressiva compiono qualcosa di egualmente illecito, e di una molto maggiore rilevanza, rispetto alla violazione di una delle regole della Convenzione dell'Aja»³¹.

Alle affermazioni del tribunale di Norimberga, il quale aveva sostenuto che così come il patto Briand-Kellogg, nemmeno la Convenzione dell'Aja stabiliva espressamente il carattere criminale degli atti di guerre illeciti, e tuttavia i tribunali militari avevano punito ugualmente gli individui responsabili di violazioni delle leggi di guerra, Kelsen replicò «i principi della Convenzione del 1907 erano stati recepiti nei diversi diritti positivi nazionali, mentre nessuno Stato aveva trasformato in diritto penale interno le regole di diritto internazionale che proibivano il

³⁰ Cfr. H. Kelsen, *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, in Nuovi Studi Politici, vol.XIX, ottobre-dicembre 1989, p.101.

³¹ Cfr. H. Kelsen, op. cit. p.105.

ricorso alla guerra³². Secondo Kelsen il giudizio reso dal tribunale di Norimberga non creò una nuova regola di diritto, ma applicò pre-esistenti regole affermate nell'Accordo di Londra, che definì «una legge retroattiva, ma solo in quanto ha stabilito la responsabilità individuale penale per atti che, nel momento in cui furono commessi, costituivano violazioni 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»³³.

Sotto il profilo della elaborazione normativa la categoria “crimini contro la pace” è ancora oggi piuttosto indeterminata, prova ne sia che la qualificazione di crimine di “aggressione”, in corso di elaborazione, è oggetto di una definizione che dovrà essere incorporata, sotto forma di emendamento, nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.

2.2 Crimini di guerra

Delle tre categorie di crimini previsti nell'Accordo di Londra, solo i “crimini di guerra” non erano “nuovi”, ma erano già stati previsti dal diritto internazionale. La IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 e la Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati di guerra del 27 luglio 1929, avevano definito i crimini di guerra come violazioni delle leggi e delle usanze di guerra, che consistevano principalmente nel maltrattamento dei prigionieri e in azioni di tipo bellico contro popolazioni civili. Si trattava di norme così basilari e diffuse da potere essere considerate riconosciute da tutte le Nazioni.

Pertanto nei confronti della categoria “crimini di guerra” – la meno controversa – non solo una nuova legge con valore retroattivo era superflua, ma nei loro confronti il giudicato del tribunale non si pose come innovativo, come creatore di nuovo diritto. Al contrario il tribunale affermò di accogliere nozioni e norme che già appartenevano al diritto di guerra. «E se è vero che la componente di diritto convenzionale risale a pochi decenni prima (Aja 1907, Ginevra 1929) la parte consuetudinaria appariva antica e consolidata»³⁴.

La categoria “crimini di guerra” è posta al centro della costruzione dell'art.6. Perché «si trattava del nucleo portante della stessa ragion d'essere del Tribunale: processare e punire gli autori delle grandi, sistematiche e generalizzate pratiche di comportamenti tenuti dai nazisti nel corso del II conflitto mondiale, in violazione delle norme di diritto bellico. Da qui la scelta di collocare questi crimini nel cuore dell'elencazione. Ciò consentiva di esordire con i crimini contro la pace, che logicamente apparivano precedenti, in quanto collegati con lo scatenamento del conflitto, lasciando, in pari tempo, i crimini contro l'umanità in una sorta di posizione residuale e, perlopiù, in stretto collegamento con quelli di guerra»³⁵.

³² Cfr. L. Ciaurro, *Postilla alla critica giuridica di Kelsen sul processo di Norimberga*, in *Nuovi Studi Politici*, vol. XIX, ottobre-dicembre 1989, p.123.

³³ Cfr. H. Kelsen, *op.cit.* p.110.

³⁴ Cfr. E. Greppi, *I Crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino 2001, p.67.

³⁵ Cfr. E. Greppi, *op. cit.* p.62.

2.3. Crimini contro l'umanità

Il primo tentativo di enucleare la categoria “crimini contro l'umanità” fu compiuto nel 1920 con il Trattato di Sèvres che prevedeva l'obbligo dell'Impero Ottomano di consegnare i responsabili delle persecuzioni e delle uccisioni di milioni di Armeni. «Per la prima volta si parlò di responsabilità per crimini contro le leggi dell'umanità»³⁶, ma il trattato non fu mai ratificato.

Pertanto i crimini previsti nell'art.6 lett.c, non erano considerati dal diritto internazionale o nazionale, sebbene la storia avesse già conosciuto innumerevoli atrocità rimaste impunte.

Fu proprio la scoperta delle reali proporzioni della shoah che indusse gli Alleati a creare la nozione di crimini contro l'umanità, definizione caratterizzata dalla “gravità”, dalla “commissione su larga scala” – cioè furono considerati non i fatti isolati, i singoli comportamenti, ma gli atti massicci, sistematici contro il popolo, i civili – dalla “concertazione” – che è un elemento che scaturì dalla sentenza di Norimberga, la quale sottolineò che «elemento essenziale dei crimini contro l'umanità era l'esecuzione di un complotto o piano concertato finalizzato allo scatenamento e alla conduzione di una guerra di aggressione»³⁷ – e dalla dipendenza di alcuno dei delitti compresi nella giurisdizione del tribunale.

Da una prima lettura dell'art.6 potrebbe sembrare che «la qualificazione di crimini contro l'umanità fosse intesa come indipendente, cioè non direttamente correlata, dalla esistenza di un conflitto armato, dalla realtà di una guerra. È però, poi, la stessa norma ad inserire i crimini di cui si tratta nel loro naturale contesto di collocazione nel generale sistema di punizione dei gravi delitti commessi in occasione dello scatenamento e della conduzione della II guerra mondiale»³⁸.

Con riguardo ai crimini contro l'umanità, il tribunale di Norimberga non rese affatto giustizia, perché, collegandoli alla situazione di belligeranza, non fece che eludere il problema della configurazione autonoma di questo crimine. «La sentenza si limitò a constatare e a sanzionare la connessione dei crimini contro l'umanità con i crimini di guerra, finendo inevitabilmente con l'appiattirli»³⁹.

Nella sentenza il tribunale «snaturò la definizione prevista nello statuto»⁴⁰ affermando che gli atti “crimini contro l'umanità” commessi prima della guerra, dovevano essere intesi in esecuzione di un complotto o di un piano concertato in vista dello scatenamento di una guerra di aggressione. Occorreva, cioè, che fosse provato il rapporto tra la guerra e la shoah. Pertanto gli atti criminali commessi durante la guerra presentarono la duplice natura di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità.

L'inevitabile conseguenza di questo ragionamento fu che il tribunale non riuscì a dichiarare gli atti commessi anteriormente al 1° settembre 1939 – primo giorno di guerra – come crimini contro l'umanità. Probabilmente ciò accadde per

³⁶ Cfr. S. De Bellis, *Riflessioni sui crimini contro l'umanità*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p. 324.

³⁷ Cfr. E. Greppi, op. cit. p.116.

³⁸ Cfr. E. Greppi, op. cit. p.111.

³⁹ Cfr. E. Greppi, op. cit. p.107.

⁴⁰ Cfr. F. De Fontette, op. cit. p.61.

l'impossibilità di datare con precisione il momento in cui i nazisti decisero di sopprimere gli ebrei. È vero che furono migliaia i documenti sequestrati dopo la guerra dagli Alleati: documenti del Ministero degli Esteri, della Marina, del partito nazionalsocialista, della polizia segreta e moltissimi documenti attestanti le violenze commesse nei confronti dei singoli ebrei. Ma nulla è stato ritrovato che comprovasse la soppressione dei malati di mente, né lo sterminio degli zingari, slavi ed ebrei; o forse non è mai esistito, perché è legittimo presumere che il regime si guardò bene dalla possibilità di promulgare ufficialmente "leggi omicide".

Sulla base dei documenti rinvenuti, molti storici cercarono di capire quando i nazisti decisero di eliminare i "subumani" nei campi di sterminio.

Léon Poliakov⁴¹ ritenne possibile affermare che la "decisione finale" venne presa da Hitler in un momento situabile tra la fine della campagna dell'Ovest, nel giugno 1940, e l'aggressione contro la Russia nel giugno 1941⁴². Arthur Eisenbach affermò che i piani di sterminio della popolazione ebraica d'Europa vennero preparati dal governo nazista prima dello scoppio della guerra. Secondo Helmut Krausnick, Hitler impartì "l'ordine segreto" non più tardi del marzo 1941. Da uno studio condotto da Klaus von Münchhausen, in base ai documenti scoperti alla fine del 1985 negli Archivi del Terzo Reich sarebbe possibile datare la decisione finale a partire dal dicembre 1940⁴³. La motivazione 79 della sentenza del processo contro Eichmann asserì che l'ordine di sterminio fu dato da Hitler poco prima della invasione della Russia. Infine la sentenza del processo di Norimberga stabilì che il piano di sterminio degli ebrei fu elaborato subito dopo l'aggressione all'Unione Sovietica.

L'autonomia della categoria "crimini contro l'umanità" sarebbe apparsa con estrema chiarezza se solo il tribunale di Norimberga avesse esaminato la storia dell'ideologia nazionalsocialista e il programma di selezione razziale voluto dal regime. Inoltre non doveva essere sottovaluta la dottrina esposta da Hitler nell'opera, in parte autobiografica *Mein Kampf*, che il Führer iniziò a scrivere nel novembre 1923, e completò tra il 1925 e il 1927. La dottrina esposta da Hitler è chiarissima, attesta come fin dall'inizio vi fossero precisi obiettivi di "selezione razziale" che prevedevano l'assoggettamento dell'umanità a una "razza di padroni", tali obiettivi vennero esposti pubblicamente e senza alcuna remora.

Ma tutti questi indizi non furono di alcun rilievo a Norimberga. Il tribunale condannò sulla base di un solo capo di imputazione, per crimini contro l'umanità, soltanto due imputati: Julius Streicher e Baldur von Shirach, di questi solo il primo fu condannato a morte per impiccagione, mentre il secondo a venti anni di reclusione. Pertanto proprio la nozione di "crimini contro l'umanità", elaborata *ad hoc*, rimase quasi del tutto inapplicata.

⁴¹ Léon Poliakov ha ricostruito il percorso razzista della cultura occidentale esplorando i miti delle origini che tutti i popoli hanno posto all'inizio delle loro tradizioni. Lo storico dell'antisemitismo fu nominato esperto al processo di Norimberga e fu invitato a compiere la prima stima sul numero degli ebrei sterminati. Poliakov valutò in sei milioni gli ebrei vittime della shoah e sebbene tale stima dapprima suscitò clamore e incredulità per la sua enormità, in seguito fu confermata da numerose altre fonti.

⁴² Cfr. Léon Poliakov, *Il nazismo e lo sterminio degli ebrei*, Einaudi, Torino p.155.

⁴³ Cfr. Léon Poliakov, *Storia dell'Antisemitismo dal 1945 al 1993*, La Nuova Italia, Firenze 1996, p.5.

3. Conclusioni

L'esigenza di esaminare le tre categorie di crimini, sulla base dei quali il tribunale giudicò, discende dalla necessità di capire sino a che punto a Norimberga si "creò" diritto.

Sarà forse azzardato supporre che il tribunale di Norimberga non "creò" le norme in base alle quali giudicò, perché non si può creare ciò che è preesistente. Il diritto di Norimberga richiamò i principi connaturati nella stessa natura umana, le persone che commisero atti criminali «erano certamente consapevoli del loro carattere immorale. La retroattività della legge loro applicata può difficilmente essere considerata come assolutamente 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»⁴⁴.

Se è indubbia l'unanime condanna nei confronti delle leggi retroattive, tuttavia vi possono essere momenti storici tanto eccezionali da giustificare l'aperta violazione del principio *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege Praevia*. E Norimberga rappresentò un momento storico eccezionale, simboleggiò «il ritrovamento del diritto»⁴⁵ e con esso della tutela dei diritti dell'uomo. Ciò però non significò invocare il trionfo della dottrina giusnaturalista, né la crisi del positivismo giuridico, «perché Norimberga deve essere concepita come il riconoscimento della tutela dei diritti naturali, là dove per diritti naturali deve intendersi il diritto dei diritti dell'uomo»⁴⁶. E il "diritto naturale" si affermò con forza, poiché si invocarono «quelle leggi e concezioni che già presso tutti i popoli civili avevano raggiunto nella coscienza giuridica la qualifica di diritto umano»⁴⁷. Si sentì la necessità di fare rinascere il «bisogno di libertà contro l'oppressione, di uguaglianza contro la disuguaglianza, di pace contro la guerra. E questo bisogno nasce indipendentemente da ciò che i dotti pensano sulla natura dell'uomo. Più che di una rinascita del giusnaturalismo, dunque, si dovrebbe parlare del ritorno a quei valori che rendono la vita umana degna di essere vissuta, e che i filosofi rivelano, proclamano e alla fine cercano di giustificare, secondo i tempi e le condizioni storiche, con argomenti tratti dalla concezione generale del mondo, prevalente nella cultura di un'epoca. Di questi argomenti il giusnaturalismo è stata una durevole manifestazione: ma non è stata la sola, e non sembra oggi, teoricamente, la più accettabile»⁴⁸.

Persino il filosofo del positivismo giuridico, Hans Kelsen, pur muovendo critiche molto forti nei confronti della composizione del collegio giudicante, tuttavia

⁴⁴ Cfr. H. Kelsen, op.cit. p.110.

⁴⁵ Cfr. M. Carducci, op. cit. p.62.

⁴⁶ Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Diritto naturale e processi di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.71ss.

⁴⁷ Cfr. W. Richter, in F. Paolini, op. cit. p.69ss.

⁴⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. Comunità, Milano 1972, p.195.

non dubitò della necessità della condanna dei criminali anche se essa si basava su una legge apertamente retroattiva.

Allo stesso modo Hart, commentando una sentenza della Corte d'Appello del Land di Bamberg del 1949⁴⁹, che processò una donna per avere denunciato il marito in base ad una legge in vigore durante il periodo nazista, criticò la motivazione della sentenza che condannò la donna perché la legge nazista, da lei invocata, fu ritenuta “contraria ad ogni sana coscienza e al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso”. Hart propose: «Vi erano altre due vie da seguire. Una era quella di lasciare impunita la donna, e senz'altro questo non sarebbe stato giusto. L'altra era di punire la donna ma a condizione che avvenisse per opera di una legge apertamente retroattiva, e dunque con la piena coscienza di quale fosse il valore giuridico sacrificato per potere assicurare la sua punizione. Infatti per quanto odiosa possa essere considerata una legge penale con effetti retroattivi, l'averla apertamente invocata avrebbe avuto in questo caso il merito della franchezza. Così si sarebbe presentato il dilemma di dover scegliere tra due mali: o lasciare impunita la donna per il crimine commesso; o punirla sia pure a costo di sacrificare un prezioso principio di ordine morale che è posto a fondamento della maggior parte dei sistemi giuridici»⁵⁰.

Pertanto Hart suggerì di non rispolverare l'antica disputa “diritto positivo – diritto naturale” ma di invocare più opportunamente una legge apertamente retroattiva⁵¹.

E se è vero che a Norimberga divenne indispensabile l'applicazione di una legge *ex post facto*, è anche vero che a Norimberga «trovò posto il Diritto, perché il tribunale affermò quelle leggi dell'umanità e quelle idee di libertà diffuse nel mondo»⁵² che il nazionalsocialismo calpestò.

⁴⁹ Nel 1949 la Corte d'appello del Land di Bamberg dovette decidere il caso di una donna che volendo liberarsi del marito, lo denunciò nel 1944 per avere, durante una licenza dal fronte, mosso delle osservazioni sprezzanti sul conto di Hitler. La moglie non aveva l'obbligo per legge di riferire i discorsi del marito, sebbene ciò che egli avesse detto rientrasse sotto il divieto legale di esprimere giudizi che potessero suonare come vilipendio del governo del Terzo Reich, o che potessero pregiudicare in qualunque modo la sicurezza militare del popolo tedesco. Perciò il marito fu arrestato e condannato a morte in ossequio alle norme allora vigenti. Tuttavia l'uomo non venne giustiziato ma inviato al fronte. Nel 1949 la donna fu accusata dinnanzi al tribunale tedesco per il reato di illecita privazione di libertà che era passibile di punizione a norma del Codice penale tedesco del 1871. La donna si difese affermando che l'arresto del marito era stato legale, perché eseguito in conformità delle leggi del tempo nazista e che ella pertanto non era imputabile per avere commesso il fatto. Tuttavia la donna fu condannata. La Corte d'appello «pur accogliendo la possibilità teorica che le leggi potessero essere prive di valore giuridico se contrarie al diritto naturale, ritenne di fatto che la legge nazista in questione non l'avesse violato. L'imputata fu ritenuta colpevole di illecita privazione della libertà altrui perché non aveva alcun obbligo di informare le autorità, ma lo fece per motivi di interesse puramente personale, anche se avrebbe dovuto rendersi conto che in quelle circostanze il suo comportamento era contrario alla sana coscienza e al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso». Cfr. H.L.A. Hart, *Il Positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p.148ss.

⁵⁰ Cfr. H.L.A. Hart, op.cit. p.150.

⁵¹ Cfr. A. Catania, op.cit. p.91.

⁵² Cfr. Karl Jaspers, op.cit. p.59.

Infatti l'ordinamento nazista era caratterizzato da un complesso di norme imposte con la forza che violavano il nucleo fondamentale di quei diritti umani che incarnano la libertà e la civiltà e che «rispecchiano nella storia dei secoli, la progressiva conquista dell'uomo»⁵³. Il processo di Norimberga è «il riflesso di tutta la profonda e immane tragedia dell'umanità uscita dall'ultima guerra, quando cioè le regole del diritto positivo per carenza o ipertrofia del potere erano divenute arbitrarie, ma proprio di fronte all'arbitrio il sentimento di giustizia non venne meno negli uomini»⁵⁴. E poiché nessuna società può sussistere senza profonde basi morali, allorché si accertò che non esisteva nessuna sanzione per gli atti criminali commessi, non si esitò a fare appello all'autorità delle leggi morali e a quell'inderogabile esigenza di giustizia che vuole che il crimine non resti impunito.

Gli imputati tedeschi, di fronte alle accuse che gli furono rivolte, proclamarono la loro innocenza: non negarono di avere commesso i crimini, ma contestarono la qualificazione giuridica che li rendeva punibili, dichiarando di “avere solo ubbidito agli ordini dei superiori”⁵⁵, ordini che erano perfettamente legittimi rispetto all'ordinamento giuridico del tempo e del luogo in cui furono commessi. Pertanto gli imputati si considerarono dei semplici funzionari statali che avevano operato in perfetta conformità con le norme giuridiche allora vigenti, dettate da organi dello Stato nazionalsocialista, e reclamarono l'ingiustizia di essere giudicati dai vincitori in base a norme da quest'ultimi create.

Tuttavia non può essere dimenticato che i codici penali e militari dei vari paesi, compresa la Germania, non erano stati abrogati. “Tutti i codici concordavano su un punto: agli ordini manifestamente criminali non si deve obbedire. Inoltre Hitler non aveva abrogato il paragrafo 48 del codice militare tedesco che stabiliva: «Il fatto che la persona abbia ritenuto di dovere obbedire alla sua coscienza o ai precetti della sua religione non esclude che una azione o un'omissione possa essere punita»⁵⁶.

Gli “ordini superiori” – ma anche le leggi naziste – non furono disubbiditi probabilmente perché non fecero altro che dare espressione a quella cultura antisemita fortemente sedimentata. Furono migliaia i tedeschi comuni che scelsero di imbracciare un fucile⁵⁷ per concorrere alla “soluzione del problema ebraico”, fu il regime stesso che, con la sua organizzazione, conferì ampia licenza e facoltà di azione, e costruì un clima di manifesto consenso che consentì di avviare silenziosamente gli ebrei nei campi di concentramento.

Di fronte all'impresa hitleriana, che fu unica nel suo genere perché pianificò con freddezza ed efficienza la shoah, i giudici di Norimberga, consapevoli della loro responsabilità storica, invocarono i principi chiari che esprimono la risposta della giustizia ai fatti criminali commessi. Pertanto nei confronti dell'obiezione più comunemente avanzata contro il tribunale di Norimberga, che giudicò in base ad una legge *ex post facto*, si possono utilizzare le parole di Hart e di Kelsen: «Nel caso in cui due postulati di giustizia sono in conflitto l'uno con l'altro, prevale il più alto; e

⁵³ Cfr Fulvio Paolini, op.cit. p.19.

⁵⁴ Cfr Fulvio Paolini, op.cit. p.7ss.

⁵⁵ Cfr. Telford Taylor, *Anatomia dei processi di Norimberga. I crimini del nazismo: l'accusatore racconta*, Rizzoli, Milano 1996, p.125.

⁵⁶ Cfr. H. Arendt, op. cit. p.294.

⁵⁷ Cfr. E.A. Johnson, *Il terrore nazista. La Gestapo, gli ebrei e i tedeschi*, Mondadori, Milano 2001.

il punire coloro i quali erano moralmente responsabili per il crimine internazionale della II guerra mondiale può certamente essere considerato come più importante che osservare la regola che si oppone alle leggi *ex post facto*, aperta del resto a così tante eccezioni»⁵⁸.

Altre dovrebbero essere le obiezioni da sollevare contro la Carta di Londra, prima tra tutte di avere istituito l'odioso privilegio di un tribunale composto solo da vincitori. «In tal senso si può parlare di giustizia, quando i giudizi si effettuano solo contro i crimini dei vinti e non anche contro quelli dei vincitori?»⁵⁹. Il bombardamento a tappeto di città, le bombe atomiche sganciate su Hiroshima e Nagasaki, non erano atti criminali? I vincitori si legittimarono autori della repressione dei crimini e «gli Stati Uniti ebbero il coraggio di processare i giapponesi a Tokjo per crimini contro l'umanità, avendo ancora alle spalle i bagliori dell'apocalisse, delle esplosioni atomiche»⁶⁰.

Da responsabilità non era immune nemmeno la Russia, che era stata sospettata di avere fucilato, nel marzo 1940 nel bosco di Katyn, oltre ventimila ufficiali polacchi. Quando la zona di Katyn fu occupata dai militari tedeschi, questi scoprirono le fosse comuni e il 13 aprile 1943 pubblicarono la notizia, chiedendo alla Croce Rossa di inviare una commissione di inchiesta per accertare le responsabilità dei russi. Ma il governo di Mosca presentò una serie di documenti per provare la responsabilità nazista. La creazione di documenti falsi, foto e filmati, consentì di inserire il caso Katyn⁶¹ negli atti del processo di Norimberga. Tuttavia nella sentenza il tribunale decise di non pronunciarsi sul caso per «mancanza di prove». Le prove, invece, esistevano ed erano conservate al Cremlino, solo il presidente Eltsin ebbe il coraggio di fare chiarezza sull'accaduto portando i documenti alla luce. Dunque non si può non credere «che il tribunale di Norimberga fu per lo meno molto cauto nel muovere ai criminali tedeschi quelle accuse che le potevano essere ritorte»⁶².

Inoltre «si finse di non sapere che mentre si celebrava il processo, in attuazione del protocollo di Potsdam, siglato dagli Alleati il 2 agosto 1945, più di quattordici milioni di tedeschi venivano espulsi in condizioni disperate, dalla Prussia orientale, dalla Pomerania e dalla Slesia – che per settecento anni erano state la loro Patria – e che più di due milioni di essi non sopravvissero a quello che eufemisticamente fu definito un «trasferimento di popolazioni»⁶³. La costituzione del tribunale e il silenzio su buona parte delle verità accertate fecero apparire la sentenza del '46 come la vendetta dei vincitori. Ciò pregiudicò «l'autorità del giudizio perché il principio della responsabilità penale individuale per la violazione delle regole di diritto internazionale che proibiscono la guerra, non è stato affermato come un principio generale del diritto, ma come una regola applicabile solo nei confronti degli stati sconfitti da parte dei vincitori»⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. H. Kelsen, op. cit. p.110.

⁵⁹ Cfr. G. Vedovato, *Diritto Internazionale Bellico*, Sansoni, Firenze 1946, p.293.

⁶⁰ Cfr. L. Lombardi Vallauri, op. cit. p.68.

⁶¹ Cfr. M. Oriani, *Katyn da vergogna nazista a disonore sovietico*, in *Storia Illustrata* n.12, dicembre 1998.

⁶² Cfr. H. Arendt, op. cit. p.263.

⁶³ Cfr. V. Aymone, op. cit. p 237.

⁶⁴ Cfr. H. Kelsen, op. cit. p.114.

Ed è forse questo senso di ambiguità a caratterizzare Norimberga che ristabilì i diritti fondamentali violati attraverso forme e procedure suscettibili di creare lesioni in altri diritti fondamentali⁶⁵. Perché pur nell'eccezionalità degli eventi che determinarono l'istituzione del tribunale, «è possibile spiegare ma non giustificare determinati comportamenti dell'organo giudicante»⁶⁶ che non tenendo conto dei crimini consumati dai vincitori ha posto in essere «atti arbitrari non rispettosi della verità storica e della giustizia»⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. R.G. Rodio, op. cit. p.241.

⁶⁶ Cfr. R.G. Rodio, op. cit.261.

⁶⁷ Cfr. A. Tarantino, *Universalità dei diritti e forme di democrazia*, in A. Tarantino e R. Rocco, op. cit. p.342.