RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie
1
2010

JOVENE EDITORE

In memoria di Giuliano Vassalli

Fabrizio Ramacci

Quando un ricordo deve assumere una forma comunicativa, quando cioè esso deve essere trasmesso, il suo modo di essere interiore, comune a ciascuno di noi, non resiste all'impatto esterno, ma si frantuma. Ecco dunque che il ricordo di una persona, che è piuttosto una congerie di ricordi, in quanto il ricordo interiorizzato è non-cronologico, non-lineare, non-puntuale, non-unitario, per poter essere comunicato deve perdere la sua essenza, che è quella della complessità per accumulazione, per decostruirsi e specificarsi fino a ridursi, per successive estrazioni di materiale di memoria, a una più semplice concatenazione di ricordi, unificati per assimilazione di contenuti. Si spiega così la patetica povertà, nel senso della povertà di *pathos*, di ogni riassunto biografico, che sopprime l'ineffabilità del ricordo perché deve ridurlo a ciò che può essere espresso per essere riferito.

Penso che si debba spiegare così, o almeno questa è la spiegazione che mi sono data, anche la costanza, nel genere per così dire letterario dei ricordi, della frantumazione della personalità del non-dimenticato, spezzettamento che è più inesorabile, nella sua inevitabilità, quando la personalità da ricordare era complessamente strutturata. Così, esemplarmente, è avvenuto quando è stato ricordato Giuliano Vassalli; l'Uomo, l'Eroe della Resistenza, il Giurista, il Politico, il Magistrato sono stati i contenitori ideali nei quali si è tentato di racchiudere, nei molteplici tentativi di rievocazione, la figura dello Scomparso, che, però, in nessuno di essi si esaurisce, e neppure in tutti essi insieme. Quel che è certo è che Giuliano Vassalli *deve* essere ricordato: a tutti coloro che hanno avuto la fortuna di conoscerlo non c'è bisogno di spiegare perché abbiamo bisogno di ricordarlo. Agli altri, a quelli che non hanno avuto la fortuna di conoscerlo, basterà dire che ci sarebbe motivo di ricordo già soltanto per uno dei tanti contenitori ideali della Sua personalità: l'uomo, un gentiluomo senza snobismi e di una autorevolezza non ricercata; l'eroe modesto; lo scienziato del diritto, autore di un'imponente e continuativa serie di contributi eccezionali per profondità di pensiero e ampiezza di interessi culturali; il professore universitario, Maestro di

tutti e anche perciò senza una definita Scuola propria; il politico, avulso da giochi di potere, che come Ministro della Giustizia ha firmato il codice di procedura penale; il magistrato, prima giudice e poi Presidente della Corte costituzionale. Eppure, quando la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma Sapienza ha deciso di ricordarlo dedicandogli il presente volume della prestigiosa *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, che negli anni della sua prima vita ha segnato, con l'apporto di tanti Maestri, uno dei più alti punti di riferimento della cultura giuridica contemporanea, e mi ha fatto l'onore di affidarmi l'incarico di formulare la dedica, non ci sono state esitazioni nell'avvertire che questa dedica dovesse essere fatta al *professor* Giuliano Vassalli. Con ciò non voglio lasciar intendere che si possa distinguere nel Vassalli giurista, il ricercatore dall'avvocato e questo dall'accademico. Ciò che intendo è che i vissuti impongono il loro significato. Infatti, se è vero che Giuliano Vassalli è stato un grande avvocato, un avvocato di processi che, come si usa dire, hanno fatto epoca, come il caso Montesi, il caso Bebawi, il caso Lockheed, è vero anche che Vassalli, non appena fu introdotto il *tempo pieno* per i professori universitari aderì a questa opzione e abbandonò la professione forense. Vassalli non ha invece mai lasciato l'Università nonostante l'incompatibilità determinatasi nel 1983 con l'elezione a Senatore della Repubblica, e ciò perché l'Università non ha mai permesso che ciò accadesse; qualunque fosse l'attività prevalente, di politico o di magistrato, in vari periodi della sua vita, l'Accademia lo ha sempre e comunque ritenuto appartenente a pieno titolo alla sua *koinè*: Giuliano Vassalli è stato professore a vita. Dal 1938, era nato nel 1915, è stato docente ad Urbino, poi a Pavia, quindi a Padova, per dieci anni a Genova, ove lesse una prolusione sulla quale dovrò ritornare, per passare successivamente a Napoli e finalmente a Roma, nel 1960, sull'allora unica cattedra di diritto penale dell'allora unico ateneo della capitale, La Sapienza, dove fu anche Direttore dell'Istituto di diritto penale e della Scuola di specializzazione in Diritto penale e Criminologia.

Ma anche qui i vissuti impongono la loro valenza. Nonostante l'esemplare dedizione alla didattica universitaria e l'attività scientifica ricchissima e importante per analiticità e sistematicità, il contributo più prezioso di Giuliano Vassalli mi sembra debba essere ravvisato nella singolare e felice capacità di coniugare il ruolo scientifico con

quello politico, con l'esito di riuscire spesso a realizzare in testi legislativi gli orientamenti e gli auspici della dottrina penalistica. Mi sembra anche che questo stesso *tocco* felice abbia contraddistinto la sua attività di Magistrato della Corte costituzionale, segnata da un costante indirizzo di politica criminale liberale e progressista, già ben palese nella sua impostazione ideologica e nella sua produzione giuridica.

Ho detto che il professor Giuliano Vassalli è stato Maestro di una generazione di studiosi pur senza avere una sua definita scuola, senza avere, cioè, continuatori del suo insegnamento nel senso proprio della parola. Che sia stato invece il Maestro di molti è dimostrato dalla sua intensa attività convegnistica, nel corso della quale è stato spesso chiamato a fare il punto sulle questioni più attuali, a definire quelle controverse e a portare ad equilibrio, con la sua sapiente diplomazia ma anche con la sua decisione, i fermenti troppo sconsideratamente innovativi. Questo risulta altresì dalla sua altrettanto intensa attività di conferenziere, nelle Università e in altri luoghi di cultura, nell'ambito della quale, tra le molte conferenze da Lui tenute nell'Università La Sapienza, è da privilegiare e rimane memorabile quella pronunciata per l'inaugurazione della Scuola per le Professioni legali nell'anno 2003: Vassalli aveva scritto la «Formula di Radbruch», volume premiato come libro dell'anno dall'autorevole giuria dell'Istituto Sturzo, e ci fece il regalo di raccontarci il come e il perché di quel libro, affascinandoci per più di due ore con un eloquio avvincente e, stranamente per Lui di solito molto controllato, con ripetuti momenti di vera commozione. A mio avviso c'è una spiegazione di quella commozione. La Formula di Radbruch ha rappresentato per Vassalli la tappa conclusiva di un percorso spirituale iniziato con la prolusione di Genova del 1946, sulla quale avevo anticipato la necessità di tornare.

Infatti, già in questa prolusione, Vassalli afferma apertamente il primato della dignità umana: l'umanità non comprende tutti gli uomini, ma unicamente quelli che si siano mantenuti degni di questo nome; dunque, la dignità umana non è soltanto oggetto di tutela, ma soprattutto «segno distintivo» dell'umanità dalla brutalità. Così, se tale è la sua essenza, è in nome della dignità umana che non si deve tollerare che la brutale malvagità, la barbarie disumana possa restare impunita, anche se quella barbarie era stata coperta dalla ragion di

Stato. Il principio di umanità si eleva dunque, già nel pensiero di un Giuliano Vassalli poco più che trentenne, come principio «iper-legale», termine a mio avviso più espressivo di «sopra-legale», e non solo ultra-legale; per ciò Vassalli può far proprio il monito di Lansing: «coloro che sono colpevoli di terribili crimini commessi contro l'umanità non saranno dimenticati».

È storia nota che questo monito, pronunciato nel 1918 sul finire della prima guerra mondiale, rimase senza effetto, tranne pochissimi casi giudicati con pene irrisorie. Ed è storia altrettanto nota che le efferatezze promosse dalla «mente criminale dei governanti» si sono moltiplicate, prima, nel tempo della seconda guerra mondiale e anche dopo. Per Vassalli le due cose devono essere poste in relazione, perché è un fatto certo che la trascuratezza o la longanimità hanno dato risultati pessimi.

Certo, l'obiezione è che si potrà punire solo se si vince e che, dunque, si applica la legge del più forte ed *ex post*. Ma la replica è netta: la pena per le atrocità è esemplare, affinché si sappia che nello stesso modo «periranno tutti coloro che lo faranno ancora»; le parole sono di Churchill, che a mio avviso citava dal Deuteronomio 19, 20, e il giovane Vassalli le fa proprie. Però. Però, anche se Vassalli non ha vergogna di mostrare le ferite inferte alla sua sensibilità dalle atrocità contro l'umanità, il Vassalli giurista non può fare a meno di chiedersi: è ammissibile una responsabilità penale dei governanti per gli atti compiuti nell'esercizio di un potere formalmente legittimo? E soprattutto: è ammissibile un'incriminazione della stessa attività legislativa svolta in situazioni di interna legalità?

Alla prima domanda Vassalli è in grado di rispondere anticipando quella che sarà, un cinquantennio dopo, la risposta data dallo statuto della Corte penale internazionale. Della seconda domanda riconosce invece la difficoltà e la penosità di distaccarsi dal passato per formulare un precetto valido per l'avvenire. Il conflitto tra giustizia e legalità chiaramente tormenta il giovane Vassalli, che pure è già uomo, giurista e politico sperimentato; e continuerà a tormentarlo, direi per tutta la vita, tanto sono frequenti, nella sua vastissima produzione scientifica, i contributi dedicati all'argomento. In effetti, la conclusione nella prolusione del 1946 è soltanto e dichiaratamente provvisoria: anche se si mostra ironico verso chi definisce il principio *nullum crimen sine lege* un «sacro canone», Vassalli non intende su-

perarlo, ma semplicemente spogliarlo di ogni formalismo giuridico; a tal fine, pur avendo proposto egli stesso una definizione «formale» dei crimini contro l'umanità, propende per una definizione sostanziale del reato, almeno nei casi in cui sia possibile «un ritorno al diritto naturale», che preferirebbe chiamare «diritto umano», che, in questo *werdendes Recht*, in questo diritto in divenire, dovrebbe valere come fondamento di ogni diritto positivo.

A questa conclusione si riannoda il discorso ripreso con la Formula di Radbruch; un discorso, come dicevo, mai interrotto, ma sicuramente portato ad una completezza e ad una sistematicità veramente impressionanti. Nella dedica che benevolmente ha scritto sul volume che mi ha donato, Vassalli modestamente lo definisce «frutto di una lunga fatica». Esso è, ovviamente, molto di più; in esso sono decantati cinquant'anni di riflessioni e di studi, ma sono anche presenti i tormenti e la frustrazione dovuti alla *diuturnitas* dei crimini contro l'umanità e allo sconcerto per la constatata inabilità del diritto nel prevenirli e anche spesso nel reprimerli. È infatti con non dissimulata amarezza che Vassalli è, direi quasi, costretto a augurarsi che il travaglio dei giuristi nel campo dei diritti umani possa avere tregua, perché ciò significherebbe «minore ingiusto spargimento di sangue e minore sacrificio di giustizia e libertà»; un auspicio, appunto, perché sul diritto internazionale penale, nel quale aveva riposto le giovanili speranze, continuano a pesare «difetti», «ombre gravi» e «pericoli di cedimento». Inoltre egli deve riconoscere che, purtroppo, neppure la Formula di Radbruch è una formula magica. Come è noto, per Radbruch il diritto positivo deve essere applicato anche quando è ingiusto o inadeguato, *a meno che* il conflitto tra legge positiva e giustizia non raggiunga un tale grado di intollerabilità da far sì che la legge debba cedere alla giustizia, in quanto la legge sarebbe diritto ingiusto o non-diritto (*Nicht-Recht*) quando sfuggisse del tutto alla natura di diritto. Vassalli sostiene che la formula, sia nell'aspetto della formula dell'intollerabilità, *Unerträglichkeitsformel*, sia nell'aspetto della negazione del diritto, *Verleugungsformel*, tanto se i due aspetti vengano diversificati fino a parlare di *due* formule, quanto se vengano unificati, soluzione per la quale egli sembra propendere, costituisce un criterio valido, in casi eccezionali e critici, per ritrovare la via del diritto, posto che non è percorribile quella della legge positiva che sia intollerabilmente ingiusta o addi-

rittura priva della natura di diritto. Tuttavia, dopo una minuziosa analisi delle vicende processuali occorse in Europa dopo la seconda guerra mondiale, nel quadro di una «resa dei conti» o, più blandamente, di un «superamento del passato attraverso il diritto», Vassalli non esita ad affermare che le zone d'ombra rimangono e che anche le atrocità più recenti, in Argentina, in Cile, in Ruanda, in Cambogia, nella *ex* Jugoslavia, non hanno subíto la reazione punitiva che il ricorso alla Formula di Radbruch sembrava promettere. Sembra infatti, rileva malinconicamente Vassalli, che sia diffusa una «cultura dell'impunità» tra l'altro pienamente vincente in Russia, e che nel complesso degli argomenti che la sorreggono quello della irretroattività della legge punitiva sia, per i *delitti di Stato* e a seguito del rovesciamento del regime, quello più forte e più problematico. Non vi è dubbio, infatti, che il ricorso alla formula concede ai giudici un grande spazio di discrezionalità fino alla creazione di un *nuovo* diritto, giustificato dall'anelito alla giustizia e ispirato ai valori superiori del diritto naturale ma sostanzialmente irrispettoso del principio di irretroattività delle leggi punitive: «si può creare con il solo giudizio della giurisprudenza un diritto che punisce quei crimini che prima non erano puniti»? Questa «retroattività mascherata» attraverso il ricorso a un criterio giusnaturalistico può consentire anche di punire fatti che al momento della commissione erano coperti da una causa di giustificazione o di non punibilità? A distanza di sessanta anni dalla prolusione del 1946, gli interrogativi più inquietanti sono sempre lì e sono anzi rinvigoriti dall'imposizione dell'osservanza del principio di irretroattività, sancita nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) nonché, da ultimo, dallo Statuto della Corte permanente internazionale penale. Dunque, Vassalli ammonisce che lasciare il «terreno sicuro della legge» a favore dei nobili principi del diritto naturale non deve condurre a violazioni delle libertà fondamentali: se è intollerabile l'impunità, lo è anche l'applicazione retroattiva di leggi penali *contra reum*; ciò non significa che la Formula di Radbruch non sia in generale valida, ma la sua efficacia deve essere limitata quando si trovi a confliggere con un principio fondamentale di civiltà giuridica. Meglio semmai, conclude sul punto Vassalli, ricorrere a leggi penali retroattive che, lontano da vendette politiche, operino un equo bilan-

ciamento tra i diritti delle vittime del periodo precedente e i diritti degli imputati, tanto sul piano sostanziale che su quello processuale, piuttosto che tollerare l'elusione del divieto di retroattività in modo «mascherato» per via giudiziaria. Dunque, se il ricorso alla Formula di Radbruch può ammettersi, ciò è possibile «salvo che si tratti di stabilire la punibilità di persone, perché ciò urterebbe contro la riserva di legge sancita per le norme incriminatrici e comunque punitive e contro il divieto di retroattività».

Anche di questa conclusione Vassalli avverte la «provvisorietà» nel doppio senso della non-definitività e della necessità di continuare a interrogare la nostra coscienza. E non è certamente un caso che Vassalli abbia ripreso il discorso nella magistrale relazione svolta in occasione del conferimento del Premio Internazionale Silvia Sandano a Aharon Barak, in un convegno tenutosi alla Sapienza nel dicembre del 2007. In effetti il discorso di questa relazione si riannoda non soltanto alla più recente Formula di Radbruch ma anche alla più lontana prolusione del 1946. Vassalli dedica la sua relazione a *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza* e la premiazione di Barak, già presidente della Corte Suprema Israeliana, gli consente di riprendere, precisare e ampliare un discorso mai troppo a lungo interrotto. Vassalli considera acquisite alcune premesse: l'attribuzione ai giudici del compito di proteggere i principi della democrazia e, insieme, l'obbligo per i giudici di non far tacere «in battaglia» le leggi dello Stato democratico. Come esempio di questa linea, Vassalli indica una sentenza dello stesso Barak, nella quale si afferma che la tortura di un terrorista non è mai consentita, neppure quando ci siano fondati motivi di ritenere che un attentato sia imminente e che così possano salvarsi molte vittime innocenti. Occorre dire, tuttavia, che in questa relazione si trovano ripresi altri punti che già comparivano, sia pure per accenni, nella prolusione del 1946.

Il primo è quello del terrorismo internazionale, che nella prolusione del 1946 è annoverato tra i crimini contro la pace ed è distinto dai crimini di guerra all'interno della più vasta categoria dei crimini contro l'umanità: se si pone mente al tempo in cui avvenne, l'inserimento del terrorismo internazionale all'interno della trattazione dei crimini *di Stato* accredita Giuliano Vassalli di una non comune capacità predittiva.

Il secondo punto è quello del trattamento di una persona come *nemico*, pur continuando ad utilizzare categorie e istituti del diritto penale, del diritto processuale penale e del diritto penitenziario. Esponente di spicco dell'attuale teorizzazione del *Feindstrafrecht* è attualmente, come è noto, Gunther Jakobs. La teoria di Jakobs consiste nel riconoscere la presenza, internamente al diritto penale, di due linee direttrici distinte ma coesistenti: il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*) che è il diritto penale per così dire comune, ordinario e il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) che è un diritto penale straordinario, nel quale lo Stato tratta il delinquente come un nemico del quale deve essere *annientata* l'estrema pericolosità. Riguardo al «coro di critiche» che si è levato contro la teoria di Jakobs, Vassalli ritiene giuste quelle che la rifiutano in quanto contraria ai principi dello Stato di diritto. In particolare, secondo Vassalli, un «vistoso difetto» della teoria in questione sarebbe il ricorso alla qualifica del nemico come «non-persona» (*Unperson*), così da poterlo privare del godimento dei diritti umani fondamentali. Questo punto è stato oggetto di riflessione e, forse, Vassalli ha sentito il bisogno di una precisazione perché, come ho già detto, egli stesso aveva accennato, all'inizio della prolusione del 1946, a un'umanità non comprensiva di tutti gli uomini «ma unicamente di coloro che si siano mantenuti degni di questo nome», con esclusione, dunque, di chi nella persecuzione del proprio simile non si lascia distinguere «dalle bestie più feroci». Vassalli non adombrava, in quelle parole, il concetto radicale di non-persona, ma sicuramente intendeva affermare che gli uomini-bestie sono privi del segno distintivo della dignità umana. Questo convincimento appare radicato, perché nella relazione del 2007 Vassalli chiarisce che il diritto penale del nemico rappresenta «il lato estremo e marginale del diritto dell'emergenza caratterizzato dalla violazione di fondamentali diritti umani» ed è fenomenologicamente evidente, oltre che frutto di una concezione teorica, e addirittura *vigente* in alcuni ordinamenti giuridici, tra i quali «quello di un grande paese civile quali gli Stati Uniti d'America». Dunque, non un rifiuto assoluto ma una presa di distanza quando il diritto penale del nemico si «allarga troppo»: Vassalli valuta dunque con favore le correzioni apportate da varie sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, che hanno mitigato il rigore della legislazione di emergenza adottata all'indomani dell'attentato alle Torri gemelle

(*Patriot Act 2001*) e le utilizza per riformulare una teoria accettabile del diritto penale del nemico quale «fenomeno realmente esistente». Esso dovrebbe essere dettato da «un'esigenza difensiva vera»; dovrebbe avere una durata tendenzialmente pari a quella dell'esigenza stessa; dovrebbe essere un diritto per le «vere emergenze». Questo ad avviso di Vassalli è accettabile; ciò che è inaccettabile ed esige invece «una ferma condanna» è l'irrogazione della pena di morte senza possibilità di impugnazione; la carcerazione preventiva a tempo indeterminato; il regime penitenziario disumano; la tortura sia punitiva che diretta a raccogliere confessioni o informazioni. Così, ancora una volta, Giuliano Vassalli dà prova della sua saggezza e riporta in confini accettabili e prevalentemente rispettati nella realtà, una teoria che si è spinta troppo oltre.

Questa relazione è stata l'ultima fatica del professor Giuliano Vassalli e su questo volumetto la dedica di suo pugno reca in chiusura, anche qui predittivamente, «per ricordo».

Sia certo, caro professor Vassalli, «malinconico amante di diritto penale e giustizia»: è impossibile per ogni giurista non ricordarLa.