

CRIMINAL LAW BEYOND THE BORDER

*Starting from the consideration of the role that the Territorial principle plays in criminal law, the paper focuses on the relationship between legal cosmopolitanism and criminal law also with regard to the possible influence that theories on the universalistic foundation of human rights may have on the state-centric criminal system*

KEYWORDS Border – International Criminal Law – Penal Cosmopolitanism

SOMMARIO 1. Premessa: la crisi dello Stato moderno e della sovranità territoriale. – 2. Chiarimenti su categorie e metodo: la frontiera come elemento costitutivo dell'applicabilità in concreto della norma penale e come oggetto di tutela penale. – 3. Il diritto penale "oltre la frontiera". – 4. (Abbozzo di) Conclusioni.

### 1. Premessa: la crisi dello Stato moderno e della sovranità territoriale

In un noto lavoro del 1996, intitolato "*La fine dei territori*", lo studioso francese *Bertrand Badie* indica come storicamente inevitabile la crisi della sovranità nazionale, nel significato che essa ha assunto attraverso i secoli, a partire dai trattati di Westfalia, sino ai nostri giorni<sup>1</sup>. Una pluralità di fattori sociali, politici, culturali e storici sospingono - secondo Badie - le società moderne verso una progressiva dissoluzione di uno dei più importanti tra gli elementi strutturali della sovranità: il *territorio*. Senza il territorio, la sovranità sarebbe privata del luogo necessario per il suo esercizio; giacché, è soltanto attraverso il territorio che lo Stato può svolgere il proprio controllo sulle persone, sugli sviluppi umani e sulle relazioni sociali.

Qualche anno più tardi, lo stesso Badie ha stigmatizzato come ambigua, complessa ed incerta la nozione di sovranità, etichettandola quale finzione storicamente giustificata dalla necessità di affermare l'identità dello Stato verso l'interno e nei

---

\* Testo rivisto e corredato di note della relazione tenuta all'incontro di studio "*Le porte Scee e il senso del limite*", Agrigento, Liceo Classico "Empedocle", 6-9 novembre 2019, già edito, in una versione parzialmente diversa, in *Percorsi penali*, 2/2022.

\*\* Professoressa associata di diritto penale nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> BADIE B., *La fine dei territori*, Trieste, 1996.

confronti della comunità internazionale e ne ha ribadito la sostanziale inutilità nell'epoca contemporanea, ove la stretta interdipendenza economica e politica fra tutti i soggetti del gioco internazionale, anche diversi dagli Stati, obbliga questi ultimi a “scendere a patti” sulla scena mondiale con altri partners<sup>2</sup>.

Che la sovranità dello Stato si trovi oggi esposta agli effetti erosivi di molteplici forze è un dato largamente condiviso. Da un lato, vi sono le spinte della globalizzazione non solo degli scambi economici e commerciali, ma anche delle relazioni umane e delle comunicazioni; dall'altro lato, emergono forze centripete innescate dalla c.d. “glocalizzazione”<sup>3</sup>; ossia, dalla dilagante tendenza ad opporsi alle relazioni interconnesse del mondo moderno attraverso l'exasperazione del radicamento territoriale. Molte comunità interne agli Stati nazionali ritengono infatti che questi ultimi non siano più in grado di soddisfare pienamente ed efficacemente le proprie aspirazioni e per questo, rivendicano con insistenza sempre maggiori spazi di autonomia decisionale. Alla sovranità monolitica degli Stati-nazione si contrappone, così, una sovranità *localistica* e parcellizzata.

Tali spinte antagoniste consumano dall'interno e dall'esterno la compattezza e l'ampiezza della sovranità territoriale, tradizionalmente ritenuta pilastro costitutivo dello Stato. E sebbene la sovranità resista, la crisi in atto appare inarrestabile. Le difficoltà che la investono contribuiscono anche ad un lento ma inesorabile mutamento della fisionomia stessa dello Stato moderno. I fattori di opposizione alimentano o, più semplicemente, recano con sé, con un effetto a catena, ulteriori fenomeni degenerativi: l'indebolimento delle democrazie rappresentative e delle procedure formalizzate in cui si organizza la sovranità popolare; la messa in crisi del modo con cui lo Stato amministra il proprio contesto territoriale; la tendenziale deviazione populistica dei meccanismi di produzione delle norme giuridicamente vincolanti etc.

Certamente, la crisi dello Stato-nazione non è fenomeno recente, né rappresenta un oggetto di analisi di nuova emersione; come dimostra il fatto che lo studio delle sue cause ha attraversato quasi tutto il pensiero storico, giuridico e filosofico del Novecento.

Alla crisi della sovranità faceva riferimento, già, Santi Romano nella notissima prolusione, “*Lo Stato moderno e la sua crisi*”, pronunciata all'Università di Pisa, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico del 1909. In quell'occasione, l'illustre Maestro osservava come l'ente giuridico “Stato” fosse logorato dalla forza di un

<sup>2</sup> BADIE B., *Un mondo senza sovranità*, Trieste, 2000, pp. 227 e ss.

<sup>3</sup> Il termine è di BAUMAN Z., *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005.

movimento costituito da «molteplici e svariate energie», a loro volta ingenerate dal diffondersi nella società industriale di tendenze corporative e associative<sup>4</sup>.

Rispetto al momento storico di tale discorso inaugurale, risultano oggi mutate le cause che alimentano la crisi dello Stato nazionale e con esso, della sovranità statale; così come diverse paiono le urgenze con cui tale crisi è chiamata a misurarsi.

Nondimeno, ciò che nel tempo è rimasto costante, è l'effetto delle sfide imposte: l'indebolimento del modello giuridico di Stato e delle modalità tradizionali in cui esso si organizza. Non è un caso che la messa in discussione dello Stato-nazione si sia trascinata, nella sostanza, in una crisi dilagante della democrazia, quale requisito tipico dello Stato Costituzionale. Ad essere posta in pericolo è infatti non soltanto la democrazia "formale", ma altresì la democrazia c.d. "sostanziale"<sup>5</sup>. L'una - la democrazia formale, intesa come complesso di regole che tramite il suffragio universale garantisce la rappresentanza popolare e il carattere democratico delle decisioni politiche - fatica a resistere alle spinte della globalizzazione, le quali rendono la politica e le conseguenti decisioni sempre più subalterne, rispetto alle scelte economiche sovranazionali. L'altra - la democrazia c.d. "sostanziale", identificabile nel complesso di principi e regole che pongono limiti e vincoli alle maggioranze politiche, al fine di assicurare la tutela di diritti fondamentali - subisce invece una crisi che è il riflesso di quella della democrazia formale. La progressiva erosione degli spazi espressivi della democrazia rappresentativa favorisce l'accrescersi di una percezione di rinnovata onnipotenza da parte degli attori politici che sempre più ritengono di poter sfuggire ai vincoli della democrazia costituzionale e di essere legittimati a mascherare le pericolose e volontarie deviazioni dalle garanzie fondamentali e dai principi dietro il feticcio del "populismo costituzionale" e della democrazia diretta

In tale quadro a tinte fosche, un barlume di speranza sembra tuttavia provenire dalla possibilità di superare il declino del vecchio paradigma della sovranità statale attraverso l'affermazione di un nuovo *costituzionalismo mondiale*; orientato alla tutela dei diritti umani e fondato su un originale modello di "sovranità sovranazionale" il cui esercizio dovrebbe essere demandato ad un complesso di istituzioni e di organismi sovranazionali dotati del potere di assumere decisioni politicamente e giuridicamente vincolanti. La prospettiva che la tutela sovranazionale dei diritti umani

---

<sup>4</sup> ROMANO SANTI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Regia Università di Pisa*, Letto il 4 novembre 1909, Pisa, 1909.

<sup>5</sup> Come osserva FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo. Nascita e crisi dello Stato nazione*, Milano, 1995.

costituisca l'unica opzione in grado di garantire la sopravvivenza futura delle democrazie, la sola via d'uscita dalla crisi della sovranità dello Stato-nazione è, com'è noto, condivisa da molti esponenti del pensiero filosofico e giuridico contemporaneo.

Anche Habermas, come Ferrajoli, propugna l'idea di un cosmopolitismo giuridico di tipo *post-metafisico*, nell'ambito del quale il superamento dell'egoismo dei singoli Stati si realizzi per mezzo dell'affermazione di una comunità politica e giuridica di tipo *trans-nazionale*; una comunità la cui costruzione non avviene naturalmente - per effetto di un percorso evolutivo della comunità umana che può ritenersi inevitabile in quanto conforme all'autentica natura dell'uomo -, ma rappresenta piuttosto l'esito finale di un *procedimento di natura discorsiva e comunicativa* di stampo o di tipo inclusivo, sviluppato attorno alla tutela dei diritti umani<sup>6</sup>.

Per quanto dichiaratamente ispirata alla visione Kantiana, la concezione cosmopolitica di Habermas ne considera tuttavia irrealistica la prospettiva finale di una "*confederazione mondiale di Stati*". Per Habermas, l'unica forma di cosmopolitismo concretamente possibile è quella che discende dall'intensificazione del dialogo interculturale fra i popoli. Il metodo *discorsivo/comunicativo* rappresenta la giusta e necessaria premessa per il rafforzamento del potere decisionale e dei meccanismi deliberativi degli organismi internazionali. A questi ultimi infine, le competenze decisionali in campo politico dovrebbero essere assegnate secondo un modello distributivo multivello.

I diritti umani e con essi le istituzioni sovranazionali incaricati di tutelarli e promuoverli sarebbero chiamati ad operare come un "*Leviatano mondiale*"; ossia, come un vero *demiurgo* che attraverso un procedimento comunicativo di tipo inclusivo e a più livelli risulta in grado di ristabilire ordine, pace e sicurezza tra gli individui, a livello globale. Il contrattualismo di *Rousseau* posto alla base dell'idea di Stato di stampo illuminista viene dunque traslato da Habermas a livello *sovranazionale* e posto a fondamento di un *nuovo ordine giuridico mondiale*, di tipo cosmopolita.

La conversazione odierna ci chiama a riflettere su una questione: si può ritenere che le concezioni teoriche di stampo universalistico o cosmopolitico - qui, appena accennate - abbiano avuto una qualche influenza sul diritto penale; o, più in generale, sugli sviluppi della riflessione teorica dei penalisti? E se tale capacità di penetrazione vi è stata, sino a che punto ed in che misura essa è risultata in grado di condizionare realmente le scelte del legislatore penale; e, in definitiva, di determinare i contenuti del diritto penale normativamente dato?

---

<sup>6</sup> V. HABERMAS J, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari-Roma, 2013.

In una parola, dobbiamo interrogarci sul ruolo che le visioni cosmopolitiche del diritto hanno giocato nel processo evolutivo del diritto penale moderno. Dalla risposta a tali domande dipende infatti la possibilità di immaginare un modello di diritto penale del tutto svincolato dall'idea di Stato-nazione che vada *oltre il limite delle porte Scee*, e sia, perciò, autenticamente cosmopolitico in senso formale e sostanziale. Il punto centrale di una riflessione sul rapporto tra "il senso del limite" e il diritto penale consiste, cioè, nel valutare se sia realistico prospettare un sistema penale di tipo universale, del tutto svincolato dagli elementi della "territorialità" e capace di assicurare una protezione uniforme dei diritti umani, a livello mondiale.

## **2. Chiarimenti sulle categorie: la frontiera come elemento costitutivo dell'applicabilità in concreto della norma penale e come oggetto di tutela penale**

Nel linguaggio comune, i termini "frontiera" e "confine" vengono sovente utilizzati come sinonimi. Entrambi indicano il limite, la linea immaginaria che separa uno spazio da un altro, un territorio da un altro, uno Stato da un altro. Tuttavia, esiste fra le due espressioni una non irrilevante differenza di carattere etimologico.

Il termine "confine" deriva dal latino "*confinis*", mentre la voce "frontiera" è termine di origine provenzale.

Alla divergenza di matrice linguistica corrisponde anche una lieve discrepanza del significato. Il confine indica infatti una rigida linea di demarcazione che consente di distinguere in modo netto lo spazio interno da quello esterno; esso segnala in sostanza la chiusura dello spazio verso l'esterno. La parola "*frontiera*" ha invece assunto nel corso del tempo un'accezione positiva, molto distante dall'idea del solco o del perimetro che separa il "dentro" dal "fuori".

Nella storiografia e nella letteratura americana, il concetto di frontiera richiama, per esempio, l'idea di un limite mobile, di un orizzonte variabile che non chiude lo spazio, bensì lo proietta verso l'esterno, verso l'altro da sé, verso la conquista della libertà. La "frontiera" americana è concetto di enorme pregnanza iconica. Basti pensare al "*mito della frontiera*" che ispira le opere di Mark Twain o di Jack Kerouac.

Per certi versi, la duplicità semantica del termine frontiera - che è al contempo delimitazione e apertura verso l'esterno - si riflette nel significato che i confini esprimono sul versante giuridico e nella pratica politica degli Stati per i quali. A seconda dei casi, il limite territoriale rileva, ora come una barriera che separa ed esclude; ora

come una soglia che consente il transito di qua e di là da essa e che può includere chi si trova all'esterno e giunge all'interno.

Dal punto di vista del giurista, la sola nozione utile e rilevante di "territorio" e di "confine" è quella giuridica; e per lo studioso di diritto penale, in particolare, quella penalistica.

Nel campo del diritto penale, il confine viene in rilievo essenzialmente in una duplice accezione. Da un lato, esso delimita il territorio sul quale lo Stato può esercitare la propria potestà penale. La legge penale dello Stato si applica, in primo luogo, secondo un criterio di territorialità. Soltanto in via sussidiaria e derogatoria, i principi di universalità e di difesa consentono di estenderne l'applicabilità anche a fatti di reato commessi oltre i confini nazionali.

Al contempo, in una seconda accezione, la frontiera o il confine rilevano come fondamento o base positiva della suddetta potestà punitiva penale, la quale non esisterebbe senza un territorio di riferimento. La potestà normativa penale dello Stato è, cioè, essa stessa espressione diretta della sovranità statale.

Da un'altra prospettiva, la frontiera può costituire *oggetto* di tutela diretta o indiretta da parte delle norme penali, al pari di tutti gli altri elementi costitutivi dell'integrità e della personalità giuridica dello Stato. In tali casi, il territorio con i suoi confini viene in rilievo non tanto come linea di demarcazione del luogo di applicabilità della legge penale e di esercizio della giurisdizione, quanto come oggetto materiale - diretto o indiretto - di una fattispecie di reato.

Tali piani di rilevanza della nozione di frontiera - presupposto della potestà penale, da un lato, e oggetto di tutela penale, dall'altro lato - riguardano ovviamente il diritto penale inteso come settore dell'ordinamento giuridico di un moderno Stato di diritto costituzionale. Si tratta cioè di distinzioni che sono valide, se riferite, per così dire, al diritto penale quale diritto "positivo"; vale a dire, al sistema penale vigente, ma che potrebbero perdere di significato, o assumere significati diversi, rispetto ad un modello teorico alternativo in cui il diritto penale fosse pensato come svincolato dalla nozione di sovranità statale.

L'idea che il diritto penale operi come strumento di tutela la cui validità (in senso tecnico) dipende dalla sovranità statale si ascrive infatti al modello di Stato post-illuminista e costituzionale. È alla luce di tale cornice teorica e storica che la potestà punitiva penale viene considerata come afferente esclusivamente allo Stato in quanto

forma di manifestazione della sovranità “*interna*” dello Stato stesso (e cioè, della sovranità intesa come potere dello Stato nei confronti degli individui<sup>7</sup>).

Nella prospettiva del diritto *dato*, la frontiera costituisce dunque un elemento necessario a fondare: a) la validità delle norme penali, b) l’obbligatorietà delle norme penali rispetto ai suoi destinatari; c) l’esercizio della giurisdizione penale.

Sotto il profilo della validità delle norme penali, il principio di territorialità rappresenta condizione necessaria per la validità delle norme incriminatrici tanto *in senso tecnico* - le norme sono formalmente valide in quanto formulate dal Parlamento di uno Stato territorialmente sovrano; quanto *in senso empirico*, nel senso che le norme penali sono empiricamente valide laddove in concreto applicabili ai fatti che abbiano un collegamento con il territorio nazionale. La *validità in senso tecnico* esprimerebbe dunque l’appartenenza di una norma all’ordinamento giuridico considerato, in quanto creata da una fonte abilitata a farlo e secondo le modalità previste dalla Costituzione. La *validità in senso empirico* riguarda invece i requisiti comuni a tutti i casi che rientrano nella regola posta dalla norma<sup>8</sup>. Tra questi requisiti vi è per l’appunto il fatto tali casi debbano essersi verificati in un certo luogo, appartenente al territorio dello Stato italiano.

Sono molteplici le disposizioni del codice penale in cui si è possibile rinvenire l’espressione di tale intima connessione fra le norme penali e il territorio; e dunque, in definitiva, tra il diritto penale e la frontiera: l’art. 3 c.p. esprime il principio di obbligatorietà della legge penale rispetto alle persone che si trovino nel territorio dello Stato italiano; l’art. 4 c.p. descrive il concetto di territorio valido ai fini del diritto penale; l’art. 6 contenente il *principio di territorialità della legge penale*.

Mentre l’art. 6 c.p. prevede l’applicabilità della legge penale italiana nello spazio, circoscrivendola ai fatti di reato commessi nel territorio italiano, l’art. 3 c.p. stabilisce che la legge italiana *obbliga* tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato; il che significa non solo chela legge di fonte italiana è obbligatoria nel territorio italiano ed anche che tale legge obbliga sul versante soggettivo, tutti coloro che si trovino ad agire sul territorio italiano.

---

<sup>7</sup> Diversa alla sovranità interna è invece la sovranità “*esterna*”, cioè, la sovranità che lo Stato esercita o esplica all’esterno di sé, nei rapporti con gli altri Stati, in sede internazionale.

<sup>8</sup> Il riferimento è qui alla nozione di validità in senso empirico (o applicabilità) con cui PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale* (MILITELLO V., PARODI GIUSINO M., SPENA A., cur.), Milano, 2019, p. 125 e 126 indica i requisiti comuni a tutti i casi che un gruppo di norme regola. La validità in senso tecnico esprime invece la semplice appartenenza della norma giuridica all’ordinamento di riferimento in quanto prodotta secondo le forme e i principi che regolano la produzione delle norme giuridiche in quell’ordinamento.

Quanto alle ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale, esse costituiscono altrettante deroghe al criterio delle territorialità; con tutta evidenza, ispirate, ad una *ratio* diversa da quella della vincolatività su base territoriale. (difesa, personalità attiva etc.). La condizione per l'operatività di tali deroghe è che sussista comunque un qualche *collegamento* tra il fatto di reato commesso e l'ordinamento penale nazionale; collegamento viene poi individuato o nel fatto che il reato sia stato commesso fuori dal territorio dello Stato italiano *da un cittadino italiano, o contro un cittadino italiano*; oppure, nel fatto che il reato commesso offenda *interessi riferibili allo Stato italiano* (artt. da 7 a 10 c.p.).

In rapporto ai suddetti criteri di collegamento, vengono in gioco il *principio della personalità attiva* (si applica la legge dello Stato di cui è cittadino il soggetto attivo del reato); *il principio della personalità passiva o della difesa* (la legge dello Stato di cui è cittadino il soggetto passivo del reato; o dello Stato il cui interesse sia stato leso dal reato). Connesso alle esigenze della solidarietà internazionale è invece *il principio di universalità* che permette di applicare la legge penale nazionale a determinati crimini, indipendentemente dall'esistenza di un collegamento tra essi e lo Stato; e salva - per esigenze pratiche e di mera procedibilità - la presenza del reo nel territorio dello Stato (crimini internazionali)

Con riguardo alle ipotesi nelle quali il territorio italiano viene in rilievo quale oggetto materiale di fattispecie incriminatrici, scontato il richiamo ai reati contro l'integrità territoriale dello Stato, ai delitti contro la personalità dello Stato, ed in particolare, all'art. 241 c.p. - *Attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato* che punisce le aggressioni violente contro lo Stato, finalizzate a sottrarre tutto o parte del suo territorio alla sua sovranità, a vantaggio della sovranità di un altro Stato.

Oltre che come oggetto materiale di un'aggressione violenta contro la struttura portante dello Stato, l'attraversamento della frontiera può acquisire rilievo penale, se compiuto in violazione delle regole che disciplinano l'ingresso e il soggiorno regolare dello straniero nel territorio italiano. Il riferimento è, in tal caso, ai reati in materia di immigrazione irregolare e, in particolare, alle norme che incriminano l'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato italiano (es.: il c.d. reato di clandestinità - art. 10 *bis* del Testo Unico sull'immigrazione; ma anche il reato di illecito reingresso - art. 10 commi 2 *ter* e 2 *quater* del Testo Unico sull'immigrazione; o di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare - art. 12 Testo Unico sull'immigrazione).

### 3. Il diritto penale “oltre la frontiera”

Sin qui, ci si è occupati dei rapporti tra la frontiera e il diritto penale, come emergono dalla legislazione penale; ossia, dal diritto penale vigente di matrice “*statale*”. Nulla si è però ancora detto a proposito degli interrogativi posti all’inizio delle nostre brevi riflessioni. Non si è, cioè, ancora chiarito quale sia stato l’influsso che le visioni cosmopolitiche del diritto hanno avuto sulla riflessione teorica penalistica.

Rispondere a tale domanda non è certo compito agevole, data la complessità delle questioni che essa evoca.

La prima difficoltà teorica con cui ci si misura, quando si cerca di porre in correlazione con le categorie penalistiche le concezioni teoriche sul cosmopolitismo giuridico, concerne la notevole ambiguità di significato che connota la stessa espressione “cosmopolitismo”.

Declinato in senso giuridico, tale termine mostra infatti una vaghezza di contenuto tanto profonda, da renderne ostico il corretto inquadramento entro le categorie giuridiche in generale; ed entro quelle penalistiche, in particolare. La concezione “giuridica” del cosmopolitismo ha in effetti contorni alquanto incerti ed appare talvolta indistinguibile da altre - più o meno radicali - concezioni teorico-giuridiche; come l’universalismo giuridico o il giusnaturalismo.

Proviamo a mettere in chiaro alcuni punti.

Di certo, non è possibile individuare una relazione causa-effetto fra talune visioni teoriche di ispirazione cosmopolitica o universalistica e le trasformazioni che hanno investito il diritto penale post-moderno, aprendo la strada all’affermazione di una dimensione *trans-nazionale* o *sovra-nazionale* dello stesso diritto penale.

Sebbene *l’humus culturale* alla base della genesi del *moderno* diritto penale internazionale possa individuarsi addirittura nel giusnaturalismo di Grozio e nel cosmopolitismo Kantiano, tuttavia, la progressiva affermazione di una dimensione internazionale del diritto penale è stata in gran parte determinata più che dall’influsso di questa o quella concezione torica del diritto, dal naturale evolversi della storia e dai mutamenti della struttura ordinamentale degli Stati; nonché, dal nuovo assetto dei loro reciproci rapporti, creatosi dopo le guerre mondiali, per effetto della condivisa esigenza di superare la tragica esperienza del totalitarismo novecentesco.

Nazismo, fascismo e comunismo sovietico hanno senza dubbio rappresentato la linea di demarcazione tra l’ingenua fiducia illuministica nella razionalità del progresso - in seguito, sfociata nell’affermazione dell’ideale hegeliano di uno Stato-nazione, visto

come incarnazione della ragione - da un lato, e la nascita delle attuali democrazie costituzionali, protese verso un nuovo *costituzionalismo dei diritti umani*, dall'altro lato.

Prima del Novecento, e per secoli, nel periodo grosso modo compreso dalla pace di Westfalia sino al secondo dopoguerra, la stretta identificazione tra potestà penale e sovranità nazionale ha impedito il configurarsi di un diritto penale internazionale a vocazione universale, applicabile a gravi fatti di reato, ovunque commessi. In quel lunghissimo periodo storico, la sovranità dello Stato è venuta in rilievo come una forza che, all'interno, poteva esercitarsi nei confronti degli individui, attraverso il primato della volontà del sovrano e della volontà della legge. Mentre all'esterno, essa riguardava esclusivamente l'ambito dei rapporti con gli altri Stati, i quali non avrebbero potuto limitarla, né avrebbero potuto interferire con essa; salvo che ciò non fosse stato consentito dallo Stato stesso, attraverso appositi accordi o trattati.

Tale assetto dei rapporti tra lo Stato-nazione e la comunità internazionale ha dominato la cultura giuridica e la politica occidentale, sino alle due grandi guerre mondiali. Il diritto penale dell'epoca veniva considerato come un settore dell'ordinamento giuridico attraverso il quale lo Stato esercitava al massimo grado e la con maggiore enfasi possibile la propria sovranità *interna*; e cioè, la propria "*forza di coercizione nei confronti degli individui-sudditi*".

Nel corso del tempo però, l'idea che lo *ius puniendi* fosse intimamente connesso con la sovranità nazionale, che ne costituisse, cioè, una delle massime espressioni si è progressivamente saldata con la concezione illuministica del *primato della legge*. Quest'ultima veniva vista come diretta emanazione della volontà del popolo; come l'espressione di una volontà che, in quanto "generale", diveniva riferibile, contestualmente, a tutti i cittadini nel loro complesso e agli individui, singolarmente considerati. La libertà delle persone trovava, così, sublimazione nella partecipazione alla formazione della volontà generale, attraverso la legge.

In tale fase, non vi era dunque alcuna possibilità di una divaricazione tra la nozione di *legalità* e il concetto di *legittimità*. Legalità era già, in buona sostanza, misura della *legittimità* dato che il legislatore appariva come entità incorruttibile, come custode della volontà razionale della collettività e quest'ultima era per definizione ritenuta di per sé buona e giusta.

L'idea che la legalità traesse in sé stessa le ragioni della propria legittimità ha poi certamente rivestito un ruolo primario nel modo di intendere il principio di legalità in materia penale. Qui, il primato della legge ha operato come limite garantistico che pone l'individuo al riparo da possibili abusi da parte del potere esecutivo e dei giudici.

La legge penale voluta dal Parlamento appariva, dunque, legittima, a prescindere dalle scelte di valore in essa espresse, semplicemente in quanto “voce” della *giusta* volontà di tutti coloro che vi soggiacevano.

I tragici eventi storici del Novecento innescarono però un processo di progressivo indebolimento della pregressa, incondizionata, fiducia nello Stato e nell’idea che quest’ultimo fosse uno strumento irrinunciabile per la realizzazione e la piena affermazione della volontà del popolo. Gradualmente, cominciò a maturare una certa diffidenza nei confronti dello statalismo di stampo ottocentesco. Lo Stato finì con l’essere visto (a torto o a ragione) come il nemico, responsabile delle terribili derive totalitarie. Iniziò pertanto a sgretolarsi l’aura di incorruttibilità che avvolgeva la figura *idealtipica* del legislatore, concepito come un’entità astratta, in grado di esprimere senza errori la volontà generale.

Sul versante della teoria del diritto, la legalità non cessò di costituire un valore, ma perse progressivamente il rango di valore gerarchicamente sovraordinato ad altri valori fondamentali, riconosciuti dallo Stato. Al di là e al di sopra di essa, si affermarono istanze superiori, ritenute tali non in quanto frutto di una volontà suprema, bensì perché correlate ad una “razionalità” superiore. Il concetto di diritto che aveva sino ad allora coinciso con quello di legge si sganciò, dunque, da quest’ultimo e divenne espressivo di un significato più ampio, includente anche le legittime istanze di giustizia.

Se sul versante del diritto positivo, tali valori di giustizia trovarono incarnazione nei principi proclamati dalle carte costituzionali, sotto il profilo del diritto interno, la caduta dei totalitarismi e la crisi del legalismo volontaristico favorirono la nascita di un modello di Stato costituzionale di diritto, il quale non accantonava *tout court* l’idea settecentesca della legalità, ma la sublimava nella nozione di legalità costituzionale. Sul versante sovranazionale infine, si affermò la prospettiva che fosse possibile stabilire un nuovo ordine mondiale, incentrato sul contenimento della sovranità degli Stati e capace di cooperare per l’affermazione della pace e della sicurezza mondiali.

La comunità internazionale divenne, così, nel tempo un soggetto in grado di svolgere, su scala globale, una funzione di salvaguardia e di promozione dei valori universali.

Ma di quali valori si trattava? Ad assumere rilievo furono i valori che attenevano agli individui, alla loro dignità, alla loro inviolabilità. La persona riacquistava centralità e al contempo, nasceva l’esigenza di moltiplicarne i diritti e di sottrarli all’assoluta

arbitrio dello Stato-nazione, collocandoli in uno scenario sovranazionale<sup>9</sup>. Il baricentro dei diritti si spostò, così, dalla nazione, all'individuo; messo ora in relazione, diretta o indiretta, con le istituzioni internazionali.

Dal punto di vista normativo, il momento saliente di tale cambio di rotta va individuato nell'approvazione della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata nel 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con il preciso scopo di impedire il ripetersi delle atrocità del secondo dopoguerra.

Il nuovo volto del diritto internazionale ha indubbiamente influenzato anche l'evoluzione del diritto penale. Qui, si è invero fatta timidamente strada l'idea di un modello di *diritto penale della comunità internazionale*, capace di vincolare gli individui a prescindere dai confini degli Stati e di superare lo stretto ancoraggio della potestà normativa e punitiva penale alla sovranità nazionale.

Un primo tentativo di attuazione di tale ambiziosa aspirazione alla costruzione di un sistema penale internazionale a tutela dei diritti umani ebbe luogo nel 1945, con l'istituzione del *Tribunale di Norimberga*, chiamato a giudicare coloro che durante il secondo conflitto si fossero resi responsabili di crimini contro l'umanità privi di una «*particular geographical location*». In questa fase storica, il diritto penale internazionale assurse a strumento di realizzazione di un'istanza di giustizia, a tutela delle vittime dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. Ad esso spettò, in sostanza, il compito di garantire una giusta retribuzione contro delitti il cui disvalore veniva universalmente riconosciuto. Il sistema penale cominciò a proiettarsi verso un nuovo modello di legalità penale internazionale incentrata non solo, ma anche, legalità formale statale.

Se il tribunale di Norimberga dovette fare i conti con il vuoto normativo di un diritto penale internazionale ancora privo di regole precise, scritte e concordate dall'intera comunità internazionale, l'adozione della Convenzione ONU sul Genocidio del 1948 e delle quattro Convenzioni di Ginevra per la tutela dei diritti dei civili e dei militari in tempo di guerra del 1949 segnò l'avvio di un processo di costituzionalizzazione dei contenuti e di principi del diritto penale internazionale. Ma il vero salto di qualità si realizzò con la firma, nel 1998, dello *Statuto istitutivo della Corte penale internazionale* (entrato in vigore nel 2002). Con tale solenne atto, nacque una *giurisdizione penale internazionale permanente, ordinaria (non speciale)*, chiamata a giudicare anche le condotte criminose commesse dopo la sua entrata in vigore.

Sul versante del diritto penale sostanziale, lo Statuto contiene: a) una parte

---

<sup>9</sup> V. COSTA P., *La cittadinanza*, Bari, 2005.

generale che disciplina alcuni principi fondamentali del diritto penale (legalità, colpevolezza, *favor rei*, determinatezza, divieto di analogia). b) una parte speciale, che tipizza i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra. Dal punto di vista procedurale invece, la giurisdizione della Corte penale internazionale è concepita come *complementare* rispetto a quella degli Stati nazionali. Essa ha, cioè, un carattere *sussidiario* ed è chiamata ad intervenire, laddove i tribunali interni agli Stati non siano in grado di dar corso alla repressione dei crimini di competenza della Corte.

L'istituzione di tale Tribunale Penale Internazionale Permanente non ha tuttavia segnato il definitivo superamento dell'idea che il diritto penale debba essere collegato alla sovranità statale. Essa ha piuttosto rappresentato un punto di compromesso fra il tradizionale radicamento territoriale dello *ius puniendi* e le istanze di una giustizia penale *sovrana nazionale e/o universale*. Il giudizio sulla manchevolezza della giurisdizione interna che rende possibile l'intervento della Corte è infatti rimesso alla stessa, la quale può compierlo con ampia discrezionalità, senza l'obbligo di attenersi a rigidi parametri di valutazione.

Per tali ragioni, la creazione di tale organo giurisdizionale è stata da taluni considerata come l'avvio di una nuova "era" del diritto penale internazionale; come la tappa di avvio di un nuovo corso, destinato a sfociare nell'affermazione di un'accezione necessariamente *debole* di sovranità statale e nel trionfo di un sistema penale in cui il *diritto penale nazionale* e *quello internazionale* coesistono, implicandosi reciprocamente. Lo Stato non viene estromesso dalla punizione dei crimini internazionali, ma viene chiamato a cooperare con la Corte penale internazionale per assicurare la giusta punizione delle più aggressive ai diritti umani. La *sovranità penale statale* viene, per così dire, sottoposta alla *vigilanza* dell'organismo internazionale.

#### 4. (Abbozzo di) Conclusioni

In fondo, a monte dell'attuale discorso giuridico sui diritti umani e sul diritto penale internazionale è possibile intravedere il retroterra di una cultura millenaria che dalla filosofia greca sino all'illuminismo, pur con accenti e prospettive ermeneutiche molto diverse, non ha mai del tutto abbandonato l'idea dell'importanza di una riflessione sull'uomo e sul rapporto tra giustizia e diritto che la prospettiva dei diritti umani inevitabilmente richiama. La dottrina dei diritti fondamentali dell'uomo ha infatti insegnato che il diritto si avvicina alla giustizia, quando si orienta verso un nucleo forte di razionalità, in grado di travalicare il particolarismo degli ordinamenti giuridici

nazionali. Tale nucleo di significato è riscontrabile, per l'appunto, nel complesso di quelli che vengono riconosciuti come diritti umani; o come diritti fondamentali dell'uomo: i c.d. "*meta o sovra-valori universali*".

Le istanze di tutela dei diritti umani hanno - come visto - condizionato le evoluzioni del diritto penale moderno, nella misura in cui dal loro riconoscimento, ha preso impulso la progressiva affermazione di un diritto penale internazionale, oggetto di competenza di un organismo giurisdizionale, autenticamente sovranazionale e permanente; come la Corte penale internazionale.

Tale "nuova", significativa, frontiera del diritto penale non è però ancora pienamente assimilabile ad un modello di autentico "*cosmopolitismo penale*". Il moderno diritto penale internazionale non prescinde, né rinnega la sovranità *territoriale* degli Stati e la loro potestà penale; anzi, le presuppone entrambe. Esso è, sì, un diritto penale *sovranazionale*, ma non ancora autenticamente *universale*. Si tratta, in sostanza, di un diritto penale "*a vocazione universalistica*", che proietta la tutela della dignità umana oltre le frontiere dello Stato-nazione, verso uno spazio comune *inter-nazionale*, e tendenzialmente *globale*.

A dispetto delle apparenze, tale nuova dimensione del diritto punitivo rappresenta una conquista storica tutt'altro che minimale. Non vi è dubbio infatti che l'affermazione dell'irrinunciabilità di una prospettiva che ponga al centro la tutela penale dei diritti fondamentali e della dignità della persona espliciti una forza dirompente, su vari fronti.

A livello della comunità internazionale, essa garantisce una, sia pur embrionale, relativa e sempre concordata forma di protezione universale dell'uomo *inter o sovra-statale*.

Sul versante interno invece, la centralità dei diritti umani può stimolare una costante revisione critica delle scelte di politica criminale, di volta in volta compiute dai legislatori nazionali, nei più disparati settori del diritto penale. Così, per limitarci ad un unico esempio, nello specifico ambito del diritto penale delle migrazioni, il paradigma umanistico o umanitario è in grado di favorire il superamento o l'attenuazione delle forme di criminalizzazione diretta del fenomeno migratorio; a vantaggio del rafforzamento di più avanzati modelli di tutela giuridica del migrante fragile, vittima di traffici illeciti e dello sfruttamento.