

PERCORSI PENALI



Rivista trimestrale
Anno III • N. 2 / Maggio 2022

In copertina fotografia di Max Gibelli
Philippines: esistenza rurale

Rivista registrata: Tribunale di Bologna 09.11.2020, n. 8550
ISSN: 2724-3508

© Copyright 2022 Filodiritto
filodiritto.com

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna
inforomatica.it

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529
commerciale@filodiritto.com
segreteria@filodiritto.com

Progetto fotografico di © Max Gibelli – *Philippines: esistenza rurale*

*La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano.
e-mail: autorizzazioni@clearedi.org, sito web: www.clearedi.org*

DIRETTORE RESPONSABILE Antonio Zama
COORDINATORE DEL COMITATO DI DIREZIONE Vincenzo Giglio
COORDINATORE DEL COMITATO DI REDAZIONE Riccardo Radi

COMITATO DI DIREZIONE Italia Caminiti, Jean-Paule Castagno, Mara Chilosi, Vincenzo Giglio, Riccardo Radi, Antonio Zama

COMITATO SCIENTIFICO Roberto Bartoli, Giuseppe Belcastro, Iacopo Benevieri, Maria Brucale, Elisabetta Busuito, Giandomenico Caiazza, Umberto Calderera, Sonia Ciuffoletti, Miriam Cugat Mauri, Francesca Curi, Vittore d'Acquarone, Maria Lucia A. Di Bitonto, Francesco Di Paola, Piero Dominici, Simone Faiella, Daniela Falcinelli, Massimo Luigi Ferrante, Gabriele Fornasari, Guglielmo Giordanengo, Patrizio Gonnella, Guglielmo Gulotta, Cataldo Intriari, Giuseppe Losappio, Armando Macrillò, Adelmo Manna, Antonella Massaro, Andrea Milani, Franca Orletti, Antonio Pagliano, Michele Passione, Paulo Pinto de Albuquerque, Paola Rubini, Andrea Saccucci, Daria Sartori, Licia Siracusa, Salvatore Scuto, Andrea Sereni, Andrea Sirotti Gaudenzi, Silvia Tordini Cagli, Nicola Triggiani, Elena Valentini

COMITATO DI REDAZIONE Veronica Botticelli, Emanuele Damante, Francesco d'Errico, Nicola Galati, Andrea Merlo, Giulia Midei, Giorgio Passarin, Martina Pecorari, Veronica Clara Talamo, Antonio Tamburrano, Emanuele Toma, Ilenia Vitobello



© Max Gibelli – *Philippines: esistenza rurale*

Il diritto penale oltre la frontiera*

Criminal law beyond the border

di [Licia Siracusa](#)

ABSTRACT

A partire dalla considerazione del ruolo che il principio di territorialità riveste nel diritto penale, il contributo sviluppa una rapida riflessione sui rapporti tra cosmopolitismo giuridico e diritto penale e si interroga sui possibili influssi che le teorie sul fondamento universalistico dei diritti umani possono esercitare sul sistema penale stato-centrico.

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.

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

Summary

1. Premise: the crisis of the modern state and territorial sovereignty
2. Clarifications on categories and method: the border as a constitutive element of the practical applicability of the criminal law and as an object of criminal protection
3. Criminal law "beyond the border"
4. (Sketch of) conclusions

* Testo della relazione tenuta all'incontro di studio "Le porte Scee e il senso del limite", Agrigento, 6-9 novembre 2019.

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

In un oramai notissimo lavoro del 1996 intitolato "La fine dei territori" lo studioso francese *Bertrand Badie* indica come storicamente inevitabile la crisi della sovranità nazionale, così come essa si è per secoli cristallizzata, a partire dai trattati di Westfalia, sino ai nostri giorni. Badie attribuisce l'origine di tale crisi ad una pluralità di fattori sociali, politici, culturali e storici che sospingono le società moderne verso una progressiva dissoluzione del concetto di *territorio* quale elemento essenziale della e luogo di esercizio della sovranità grazie al quale lo Stato è in grado di svolgere il

proprio controllo sulle persone, sugli sviluppi umani e sulle relazioni sociali.

La sovranità dello Stato intesa in questo modo è oggi esposta agli effetti erosivi di molteplici forze. Da un lato, essa pare compressa dalla globalizzazione degli scambi economici e commerciali, delle relazioni umane e delle comunicazioni; dall'altro lato, il suo essere, per l'appunto, inerente allo Stato è messo in discussione dall'opposto fenomeno denominato da Baumann "*glocalizzazione*", ossia dalla tendenza ad un esasperato radicamento territoriale propria di molte comunità contemporanee che non ritenendo più le proprie aspirazioni pienamente ed efficacemente

soddisfatte nel contesto dello Stato nazionale, rivendicano con forza sempre maggiori spazi di autonomia decisionale. Alla sovranità monolitica degli Stati-nazione si contrappone così una sovranità *localistica* e parcellizzata. Tali spinte centripete e centrifughe consumano dall'interno e dall'esterno la compattezza e l'ampiezza della sovranità territoriale, che è stata per secoli (ed è ancora oggi) un pilastro costitutivo dello Stato. Benché la sovranità resista, la crisi in atto è tuttavia innegabile.

Si tratta di una "*crisi della sovranità dello Stato territorialmente connotato*" che ha innescato anche un mutamento della fisionomia degli ordinamenti giuridici interni allo Stato.

Ad essa sono infatti connessi 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.

Il tema della crisi dello Stato moderno non è certamente nuovo. Esso ha percorso tutto il pensiero storico e giuridico del Novecento. Si ricordi la nota prolusione di Santi Romano "*Lo Stato moderno e la sua crisi*", pronunciata all'Università di Pisa in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico del 1909 e poi ripresa da altri giuristi. Non a caso si è a tal proposito parlato dell'esistenza di una vera e propria "*cultura della crisi dello Stato*".

Tuttavia, nel corso del tempo, è divenuto chiaro come fossero progressivamente mutate le cause, le istanze e le urgenze alla radice di tale crisi che ha investito anche profili dello Stato e del diritto statale diversi dalla sovranità.

Nel saggio "*La sovranità nel mondo. Nascita e crisi dello Stato nazione*", Ferrajoli segnala come la messa in discussione dello Stato-nazione rappresenti una crisi della democrazia propria dello Stato Costituzionale. Ad essere in crisi è infatti sia la democrazia "*formale*", sia la democrazia c.d., "*sostanziale*".

L'una – la democrazia formale – intesa come complesso di regole che garantisce la rappresentanza popolare tramite il suffragio universale, assicurando così il carattere democratico delle decisioni politiche – fatica a resistere alle spinte della globalizzazione che 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 una crisi che è il riflesso di quella che investe la democrazia formale.

La progressiva erosione degli spazi della democrazia rappresentativa ha infatti al contempo innescato una manifestazione di rinnovata onnipotenza della politica la quale tende a sfuggire ai vincoli della democrazia costituzionale, mascherando le proprie pericolose deviazioni dalle garanzie fondamentali e dai principi – e cioè, la propria resistenza o addirittura la propria fuga dal volto "*sostanziale*" della democrazia – dietro il feticcio del "*populismo costituzionale*" e degli istituti della democrazia diretta.

A fronte di tale fragilità, Ferrajoli prospetta – com'è noto – che si possa rimediare alle profonde disuguaglianze generate dal declino del vecchio paradigma della sovranità statale attraverso un *costituzionalismo mondiale* ispirato alla tutela dei diritti umani che dovrebbe trovare attuazione attraverso una "*sovranità sovranazionale*", ossia con la costituzione di un complesso di istituzioni e di organi sovranazionali che siano messi in grado di produrre decisioni politicamente e giuridicamente vincolanti.

La prospettiva suggerita da Ferrajoli della tutela e dell'affermazione dei diritti umani a livello sovranazionale come unico orizzonte possibile per il futuro delle democrazie e sola via d'uscita dalla crisi della sovranità dello Stato-nazione costituisce, invero, una costante del pensiero filosofico e giuridico contemporaneo.

Anche *Habermas* prospetta l'idea di un cosmopolitismo giuridico di tipo *post-metafisico* che, al contrario di quello Kantiano di cui si dichiara tuttavia debitore, non trova la propria plausibilità in un'ideale astratto di "*natura umana*", cioè nell'assioma indimostrato (e razionalmente indimostrabile per *Habermas*) che un superamento dell'egoismo dei singoli attraverso l'affermazione di una comunità politica e giuridica di tipo *trans-nazionale* possa essere l'esito di un percorso evolutivo inevitabile e razionale, in quanto conforme all'autentica natura dell'uomo ma si pone come il risultato di un *procedimento di natura discorsiva e comunicativa* di stampo o di tipo inclusivo attorno alla tutela dei diritti umani, quali unici fondamenti della legittimità politica della comunità internazionale. I diritti umani sarebbero, ad opinione di *Habermas*, "*massime morali universali*" valide in quanto riferite all'essere umano come tale, a prescindere dagli ordinamenti nazionali di appartenenza e possono ricevere un sigillo di normatività attraverso l'azione delle istituzioni internazionali (come l'ONU).

Per quanto dichiaratamente ispirata a quella Kantiana, la concezione cosmopolitica di *Habermas* ne considera tuttavia irrealistica la prospettiva finale di una "*confederazione mondiale di Stati*". L'unica forma di cosmopolitismo concretamente possibile è per *Habermas* quella che può discendere dall'intensificazione del dialogo interculturale tra i popoli come giusta e necessaria premessa per un conseguente rafforzamento del potere decisionale e dei meccanismi deliberativi degli organismi internazionali. A questi ultimi, 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 pertanto chiamati ad operare come un "*Leviatano mondiale*", un vero *demiurgo* che attraverso un procedimento comunicativo di tipo inclusivo e a più livelli appare in grado di ristabilire ordine, pace e sicurezza tra gli individui, a livello globale. Il contrattualismo di

Rousseau – che stava a fondamento dell'idea di Stato illuminista – viene dunque traslato da *Habermas* a livello *sovranazionale* e posto a fondamento di un *nuovo ordine giuridico mondiale* di tipo cosmopolita.

Tali concezioni teoriche hanno avuto un'influenza sul diritto penale cioè, su quel settore dell'ordinamento giuridico che più di altri costituisce emanazione diretta della sovranità dello Stato? Ed in che misura? Esse hanno giocato un ruolo nel processo evolutivo del diritto penale moderno? Dalla risposta a tali domande dipende la possibilità o meno di immaginare un diritto penale del tutto svincolato dall'idea di Stato-nazione e, dunque, di prospettare un modello di autentico "cosmopolitismo penale" in senso formale e sostanziale, ossia un sistema penale universale che prescinda radicalmente dagli elementi della "territorialità" e aspiri a garantire ai diritti umani una protezione uniforme, a livello mondiale. Nel corso di questa breve conversazione, si tenterà di fornire una risposta a tali domande non prima però di aver chiarito quali siano le ragioni e le disposizioni che rendono strettissimo e forse inscindibile il legame tra diritto penale e territorio.

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

I termini "frontiera" e "confine" vengono spesso utilizzati come sinonimi. Entrambi indicherebbero il limite, la linea immaginaria che separa uno spazio da un altro, un territorio da un altro, uno Stato da un altro.

Taluni osservano però che sebbene intercambiabili nel linguaggio comune, essi presentano non soltanto una differenza di carattere etimologico (l'uno, il termine "confine" deriva dal latino; l'altro – "frontiera" – dal francese), ma anche una lieve divergenza di significato.

Il confine indicherebbe la chiusura dello spazio verso l'esterno, delimitazione rigida, separazione. La frontiera invece avrebbe un'accezione positiva. Essa richiamerebbe l'idea di

un limite mobile, di un orizzonte variabile che anziché chiudere, proietta lo spazio verso l'esterno, verso l'altro da sé. Quest'ultima accezione di frontiera evoca in un certo senso la pregnanza iconica che il termine ha per esempio assunto nella letteratura americana sul c.d., "*mito della frontiera*" (Mark Twain; Jack Kerouac ed altri).

Entro certi limiti, la duplicità semantica del termine frontiera si riflette anche nella pratica giuridica e politica degli Stati, i quali spesso mostrano di saper "*suonare due spartiti*", nel senso che, a seconda dei casi, rispetto ad essi il confine opera ora come barriera che separa ed esclude, ora, come soglia che consente il transito di qua e di là da essa.

In queste pagine, ci occuperemo in particolare della nozione giuridica e in special modo penalistica di "frontiera".

In diritto penale, il confine viene in rilievo in un duplice senso:

1) in quanto strumento di delimitazione del territorio sul quale lo Stato esercita la sua sovranità, essa è anche *elemento che tendenzialmente limita la potestà punitiva dello Stato*, la quale non può appunto essere esercitata al di fuori del territorio nazionale. Lo *ius puniendi* dello Stato moderno è infatti regolato e limitato dal principio di territorialità. I principi di universalità e di difesa che consentono di esportare l'azione penale e di applicare le norme penali nazionali a fatti commessi oltre i confini nazionali sono in genere ritenuti nella manualistica corrente mere deroghe (eccezioni) rispetto al più generale principio della territorialità.

Al contempo, ed in positivo, la frontiera è vista come fondamento di tale potestà punitiva penale, la quale non esisterebbe senza un territorio di riferimento, potendo il potere penale essere esercitato esclusivamente entro il territorio sul quale lo Stato è sovrano. La potestà normativa penale dello Stato è, cioè, essa stessa espressione della sovranità statale.

2) Da un'altra prospettiva, la frontiera può costituire *oggetto* di tutela diretta o indiretta da parte del diritto penale, al pari di tutti gli altri elementi costitutivi dell'integrità dello Stato. In

questi casi, essa viene in rilievo non tanto come presupposto e/o come condizione dello *ius puniendi* e della potestà penale, quanto come oggetto materiale – diretto o indiretto – di un reato, di un'aggressione ritenuta penalmente perché lesiva dell'interesse dello Stato alla propria integrità anche territoriale.

I due suddetti piani di rilevanza della nozione di frontiera – come presupposto della potestà penale e come oggetto di tutela penale – 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", quale *diritto penale vigente* di un dato ordinamento giuridico di tipo statale.

Ma che potrebbero perdere di significato se riferite ad un modello astratto/teorico (per così dire, filosofico) di diritto penale.

La frontiera di cui si sta discutendo è pertanto una nozione che discende dal diritto penale come "*diritto dato*", quale ramo o settore di un ordinamento giuridico positivo; così com'è quello dello stato costituzionale, storicamente delineatosi dal dopoguerra ad oggi. È infatti soltanto nella cornice del modello di Stato post-illuminista e costituzionale che il diritto penale si pone come strumento di tutela la cui validità (in senso tecnico) dipende dalla sovranità statale.

La potestà punitiva penale appartiene allo Stato. Essa è svolgimento, esercizio, manifestazione della sovranità "*interna*" dello stesso (sovranità intesa come potere dello Stato nei confronti degli individui). Diversa alla sovranità interna è invece la sovranità "*esterna*", ossia la sovranità che lo Stato manifesta o esplica all'esterno di sé, nei rapporti con gli altri Stati in sede internazionale.

In quest'ottica che guarda al diritto positivo, la frontiera costituisce 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; con riguardo invece alla validità *in senso empirico*, le norme penali sono empiricamente valide, se risultano applicabili in concreto; se cioè esiste un complesso di regole giuridiche che ne consente l'applicazione ai casi pratici. Le norme penali infine si applicano 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. La *validità in senso empirico* riguarda invece i requisiti comuni a tutti i casi che rientrano nella regola posta dalla norma. Tra questi requisiti vi è anche il fatto che quei casi devono essersi verificati in un certo luogo.

Numerose sono le disposizioni del codice penale che esprimono tale intima connessione tra norme penali e territorio, tra il diritto penale e la frontiera: l'art. 3 codice penale (obbligatorietà della legge penale); – l'art. 4 c.p. (concetto di territorio ai fini del diritto penale); – l'art. 6 (*principio di territorialità della legge penale*). In particolare, l'art. 6 c.p. esprime il principio che regola l'applicabilità della legge penale italiana nello spazio e stabilisce che i fatti commessi fuori dal territorio italiano non costituiscono reato, neanche se appaiono conformi alla fattispecie astratta. L'art. 3 c.p. stabilisce che la legge italiana obblighi tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato: ciò vuol dire non soltanto che soltanto la legge di fonte italiana è obbligatoria nel territorio italiano, ma anche che tale legge obbliga sul versante soggettivo tutti coloro che si trovano, che agiscono nel territorio italiano. Si tratta di una duplice limitazione: sul versante della tipologia delle fonti e sul versante personale.

Nel codice, l'applicazione extraterritoriale della legge penale è ammessa in deroga al principio di territorialità ed in ossequio ad altri principi (difesa, personalità attiva etc.). La

condizione per l'operatività di tali deroghe è che sussista comunque un qualche *collegamento* tra il fatto di reato e un ordinamento penale nazionale; collegamento che consiste nel fatto che il reato sia stato commesso nel territorio dello Stato, o che si cui l'autore o il soggetto passivo del reato sia cittadino, oppure che allo Stato siano riferibili gli interessi lesi dal reato.

In rapporto ai suddetti criteri di collegamento, vengono poi 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 nazionale a determinati crimini, indipendentemente dall'esistenza di un collegamento tra essi e lo Stato, salva – per esigenze pratiche e di mera procedibilità – la presenza del reo nel territorio dello Stato (crimini internazionali).

In ambito penalistico, la frontiera costituisce non soltanto la condizione o il presupposto per l'applicazione a fatti concreti delle norme penali (validità in senso empirico) ma anche l'oggetto materiale del reato di fatti lesivi dell'integrità dello Stato. Sotto questo profilo, essa integra il nucleo di violazione di un fatto penalmente illecito che tutela interessi riguardanti la struttura e l'essenza stessa dello Stato. È il caso, per esempio, dei delitti contro la personalità dello Stato, ed in particolare della fattispecie prevista all'art. 241 c.p. *Attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato* che sanziona 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 l'integrità stessa dello Stato, l'attraversamento della frontiera diviene un fatto penalmente rilevante se compiuto in violazione delle regole che

disciplinano l'ingresso ed il soggiorno regolare dello straniero nel territorio italiano. Il riferimento è in tal caso ai reati in materia di immigrazione clandestina ed in particolare alle norme che puniscono l'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello stato (reato di clandestinità, in primo luogo; ma anche reingresso illecito e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare).

Il reato di clandestinità (art. 10-bis del Testo Unico dell'immigrazione irregolare) sanziona in particolare il fatto dello straniero che attraversi illegalmente i confini del territorio nazionale.

3. Il diritto penale “oltre la frontiera”

Quanto sin qui detto attiene ai rapporti tra frontiera e diritto penale come delineati nella legislazione penale, cioè nel diritto penale c.d., “*statale*”. Nulla si è però ancora detto rispetto agli interrogativi che ci si è posti all'inizio di queste brevi riflessioni.

Ci si è chiesti infatti quale sia stato l'influsso di tali concezioni teoriche cosmopolite sul diritto penale in quanto settore dell'ordinamento giuridico che è emanazione diretta della sovranità dello Stato. Tali concezioni hanno condizionato lo sviluppo del diritto penale moderno? E ancora, può esistere un diritto penale del tutto svincolato dall'idea di Stato-nazione? Può immaginarsi un modello di *cosmopolitismo penale*, ossia un diritto penale universale che prescinda radicalmente dall'idea di “frontiera” e di territorio, quale fondamento e quale limite dello *ius puniendi*?

Non è agevole rispondere a questioni tanto complesse la cui ampiezza esorbita lo spazio di tale breve contributo ma anche in ragione del fatto che il termine “cosmopolitismo” presenta una notevole ambiguità di significato, se utilizzato in ambito giuridico e tale vaghezza ne rende difficile il corretto inquadramento entro le categorie giuridiche in generale, e entro quelle penalistiche, in particolare. È infatti indubbio che la concezione “giuridica” del cosmopolitismo abbia contorni incerti.

Essa appare a tratti indistinguibile da altre più o meno radicali concezioni teorico-giuridiche;

come l'universalismo giuridico o il giusnaturalismo.

Proviamo a mettere alcuni punti fermi.

Di certo, non è possibile individuare una relazione causa-effetto tra talune visioni teoriche e quelle trasformazioni che hanno di recente 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 inter-nazionale del diritto penale è stata in gran parte determinata più che dall'influsso di questa o quella concezione teorica del diritto, dal naturale evolversi della storia ed in special modo dai mutamenti dell'assetto ordinamentale degli Stati e dei loro reciproci rapporti che è stato a sua volta generato dall'esigenza di superare la tragica esperienza del totalitarismo novecentesco.

Come molti pensatori hanno evidenziato, il vero spartiacque in grado di segnare una linea di demarcazione tra l'ingenua fiducia illuministica nella razionalità del progresso che si è poi congiunta all'ideale granitico dello Stato-nazione incarnazione della ragione (Hegel) della cultura ottocentesca, da un lato, e le attuali democrazie costituzionali protese verso un nuovo *costituzionalismo dei diritti umani*, dall'altro lato, è storicamente costituito dalla drammatica esperienza storica dei totalitarismi.

Prima di allora, 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 aveva impedito il configurarsi di un diritto penale internazionale a vocazione universale, destinato ad applicarsi a fatti commessi in tutto il mondo. In quel lunghissimo periodo storico, la sovranità dello Stato era intesa come forza che all'interno poteva esercitarsi nei confronti degli individui, attraverso il primato della volontà del sovrano e della

volontà della legge. All'esterno invece, la sovranità dello Stato riguardava esclusivamente l'ambito dei rapporti con gli altri Stati che non avrebbero potuto né limitarla, né avrebbero potuto interferire con essa, salvo che ciò non fosse stato consentito dallo stesso attraverso appositi accordi o trattati.

Tale assetto dei rapporti tra lo Stato e la comunità internazionale ha dominato la cultura giuridica e la politica occidentale sino alle due grandi guerre mondiali. In questo contesto, il diritto penale veniva considerato un settore dell'ordinamento giuridico attraverso il quale lo Stato poteva esercitare al massimo livello, e con maggiore enfasi possibile, la sua sovranità *interna* intesa come "forza di coercizione nei confronti degli individui-sudditi".

L'idea che lo *ius puniendi* fosse intimamente connesso con la sovranità nazionale, che ne costituisse cioè una delle massime espressioni si è poi nel corso del tempo saldata con la concezione illuministica del *primato della legge* considerata l'espressione della volontà del popolo; una volontà che essendo "generale", apparteneva a tutti i cittadini e, contestualmente, anche al singolo. La libertà degli individui veniva sublimata nella partecipazione alla formazione della volontà generale attraverso la legge.

La logica della volontà del popolo come fondamento del potere sovrano ha dunque trovato la propria emblematica formalizzazione giuridica nell'idea della legalità, nell'idea cioè che la legge esprima la volontà del popolo sovrano e che da tale volontà essa tragga il proprio valore supremo.

Non vi era, in questa fase storica, alcuna possibilità di divaricazione tra *legalità* e *legittimità*. Legalità era già in buona misura *legittimità* poiché il legislatore veniva assunto come incorruttibile e ritenuto custode della volontà razionale della collettività, la quale era di per sé intesa come buona e giusta.

Tale profilo ha certamente avuto un ruolo non secondario nell'imporsi del principio di legalità in materia penale che ne valorizza la funzione di limite garantistico necessario a porre l'individuo al riparo da possibili abusi da èrte

deò potere esecutivo e dei giudici. La legge voluta dal parlamento è intesa come legittima in quanto espressiva della giusta volontà di tutti coloro che vi soggiacciono.

Eppure, i tragici eventi storici del Novecento innescano un processo di indebolimento della fiducia incondizionata fiducia nello Stato, concepito come mezzo indispensabile di realizzazione e affermazione della volontà del popolo, inducendo a diffidare dello statalismo di stampo ottocentesco. Lo Stato comincia ad apparire (a torto o a ragione) come il nemico responsabile delle derive totalitarie.

Con l'esperienza del totalitarismo si è pertanto in parte sgretolata l'ingenua e cieca fiducia nell'incorruttibilità del legislatore alimentata dall'idea astratta di uno Stato visto come entità capace di esprimere senza errori la volontà generale e sono via via venuti allo scoperto i limiti dello Stato-nazione; primo fra tutti, il difetto capitale del *volontarismo politico-giuridico*, l'idea che esso generasse una pura e incontrollata volontà, non imbrigliata da una superiore razionalità o ragionevolezza e in secondo luogo, la visione di uno Stato sovrano come soggetto tenuto a riconoscere esclusivamente il valore di tale volontà/sovranità.

Sul versante della teoria del diritto, la legalità non ha cessato di costituire un valore ma ha progressivamente perso il rilievo *di valore* gerarchicamente sovraordinato ad altri fondamentali che lo Stato di diritto riconosce. Al di là e al di sopra di essa, sono state riconosciute istanze superiori che si intendono tali non in quanto costituiscono oggetto di una volontà suprema ma in quanto appaiono espressive di una "razionalità" superiore. Il concetto di diritto che aveva sino ad allora coinciso con il concetto di legge si è così slegato da quest'ultimo ed è divenuto nozione più ampia, comprensiva di istanze di giustizia. Tali istanze di giustizia – come ci ricorda Zagrebelsky nel saggio scritto a quattro mani con il cardinale Carlo Maria Martini "*La domanda di giustizia*" – traggono la loro genesi primaria tanto nelle concezioni filosofiche del giusnaturalismo del sei-settecentesco, dalle

quali sono maturate le moderne dottrine dei diritti umani, quanto nelle concezioni utilitaristiche di Bentham. Sul versante del diritto positivo, esse hanno invece trovato incarnazione nei principi e nei valori proclamati dalle carte costituzionali.

Sotto il profilo del diritto interno poi, la caduta dei totalitarismi e la crisi del legalismo volontaristico sono avvenute in favore di un modello di Stato costituzionale di diritto nel quale l'idea settecentesca delle legalità non viene abbandonata ma appare sublimata nella più forte concezione della legalità costituzionale. Al contempo, sul versante sovranazionale, si è delineata l'idea di un nuovo ordine mondiale che aspira attraverso il contenimento della sovranità degli Stati ad affermare la pace e la sicurezza mondiali.

La comunità internazionale è apparsa cioè come un soggetto in grado di svolgere su scala globale una funzione di salvaguardia e di promozione dei valori universali.

Ma di quali valori si tratta? Ad assumere rilievo sono i valori che attengono agli individui, alla loro dignità, alla loro inviolabilità. L'individuo riacquista centralità. Come osserva Pietro Costa nel noto saggio sulla *Cittadinanza*, nasce l'esigenza di moltiplicare i diritti dell'individuo e di sottrarli all'assoluta dominanza dello Stato-nazione, collocandoli in uno scenario sovranazionale. Il baricentro dei diritti si sposta così dallo Stato-nazione all'individuo che viene ora messo in relazione diretta o indiretta con le istituzioni internazionali.

Dal punto di vista normativo, il momento saliente di tale cambio di rotta è stata l'approvazione della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata nel 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con il fine politico di impedire il ripetersi delle atrocità del secondo dopoguerra.

Indubbiamente, il mutamento del diritto internazionale ha influenzato anche il diritto penale ove si è fatta timidamente strada l'idea che esista la possibilità di realizzare una fusione tra il diritto internazionale ed il diritto penale; ossia che possa nascere un diritto penale della comunità internazionale, capace di

travalicare i confini degli Stati e di superare lo stretto ancoraggio con la sovranità nazionale, vincolando direttamente gli Stati-nazione.

Una vera e propria messa in opera di tale diritto penale internazionale a tutela dei diritti umani avviene nel 1945 con l'istituzione del *Tribunale di Norimberga* istituito per giudicare coloro che durante il secondo conflitto si fossero resi responsabili di crimini contro l'umanità privi di una «*particular geografical location*».

In questa fase storica, il diritto penale internazionale viene concepito come strumento di attuazione di un'istanza di giustizia a tutela delle vittime. Quasi che esso fosse deputato a garantire una giusta retribuzione contro crimini il cui disvalore si considerava universale. Si tratta cioè di un diritto penale che si sviluppa oltre – ed in alcuni casi addirittura *contro* – il principio di legalità formale (C. Schmitt rimproverava infatti al tribunale di Norimberga di aver violato il principio del *nullum crimen sine previa lege*, in quanto giudicante fatti che al momento della loro commissione non costituivano reato per il diritto vigente).

La legalità penale internazionale ha rappresentato l'inizio di un nuovo modello di *legalità debole*. Il tribunale di Norimberga si trovò chiamato a colmare un vuoto normativo, ad agire agli albori di un diritto penale internazionale che non si era ancora dato regole precise, scritte e concordate dalla comunità internazionale. Come invece accadde in seguito con 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. Il vero salto di qualità verso una costituzionalizzazione del diritto penale internazionale si è però realizzato con la firma nel 1998 dello *Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, entrato in vigore nel 2002. Viene creata una *giurisdizione internazionale permanente, ordinaria (non speciale)*, che si riferisce a condotte commesse dopo la sua entrata in vigore e soltanto nei confronti degli Stati che aderiscono al trattato istitutivo.

Sul piano del diritto penale sostanziale, lo Statuto contiene: a) una parte generale che disciplina alcuni principi fondamentali del diritto penale (legalità, colpevolezza, *favor rei*, determinatezza, divieto di analogia). b) una parte speciale, che tipicizza i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra.

La giurisdizione della Corte penale internazionale è concepita come *complementare* rispetto a quella degli Stati. 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 rappresenta un salto in avanti verso il definitivo superamento della sovranità nazionale e della potestà punitiva penale degli Stati nazionali ma costituisce un punto di compromesso fra il radicamento territoriale dello *ius puniendi* e le istanze di una giustizia penale sovranazionale 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 della Corte penale internazionale è stata da taluni considerata come l'avvio di una nuova *era* del diritto penale internazionale, caratterizzata da una nozione *debole* di sovranità statale che non esclude affatto l'esercizio da parte dello Stato stesso del suo potere punitivo nei confronti di taluni crimini ma lo adegua, lo conforma alle istanze di tutela e di garanzia dello Statuto della Corte penale internazionale e dunque, dei diritti umani.

Si tratterebbe di una *sovranità penale statale* 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.

Di recente uno dei più importanti studiosi del pensiero filosofico-giuridico del mondo greco – W. Jaeger – ci ha ricordato come l'importanza del periodo arcaico e delle sue idee sul diritto sia dovuta al fatto che a quel tempo gli uomini vedevano il diritto nel suo organico nesso con la civiltà in senso largo. Si trattava di poeti e pensatori che tentavano di tracciare uno schema ideale della vita e di conoscere la posizione dell'uomo nell'universo. Nel pensiero omerico *dike* era la linea di demarcazione tra la barbarie e la civiltà.

La tendenza prevalente del pensiero giuridico greco dall'origine al culmine della filosofia del diritto fu quella di riferire il diritto all'essere; in altri termini, di riferirlo all'unità obiettiva del mondo come *kosmos*, come ordine permanente ontologico delle cose che è allo stesso tempo ordine ideale di tutti i valori a fondamento della vita e della libertà dell'uomo. Tale modello ideale venne messo in crisi già a partire dagli stoici che identificavano il *nomos* con la legge dell'autorità. Non vi era per essi un ideale di giustizia che prevalesse sulla legge. Il diritto era soltanto la legge, la quale a sua volta costituiva soltanto mera espressione dell'autorità.

Nel saggio *L'elogio del diritto* (2019), Natalino Irti e Massimo Cacciari sviluppano le proprie considerazioni sui rapporti tra giustizia e diritto proprio a partire dalle considerazioni di Jaeger le quali ci pongono di fronte ad alcuni cruciali interrogativi. Davvero l'ideale di giustizia si è definitivamente infranto, si è, per così dire, sgretolato nella frammentazione del diritto positivo moderno? O il diritto può ancora aspirare a farsi strumento di giustizia?

Non è certo semplice individuare le condizioni che possono assicurare un travaso delle istanze di giustizia nel diritto positivo. E in fondo, quello del nesso tra diritto e giustizia è un problema antico.

Nondimeno, la dottrina dei diritti umani ha insegnato che il diritto si avvicina alla giustizia quando si ispira ad un nucleo forte di razionalità, in grado di travalicare il particolarismo degli ordinamenti giuridici contemporanei. Tale nucleo forte è senza dubbio costituito dal complesso di quelli che vengono riconosciuti come diritti umani o diritti fondamentali dell'uomo, quali *metà o sovra-valori universali*. Il riconoscimento giuridico dei diritti umani rappresenta un tentativo di innestare un elemento di razionalità nel diritto e nella politica. Una razionalità che non è il concetto astratto osteggiato da Adorno (di cui è nota la critica all'idea hegeliana: "*il reale è razionale*") ma è intesa come affermazione di principi e valori indiscutibili in quanto riguardanti l'essere umano come tale.

Si tratta pertanto di una "*nuova o moderna razionalità*" dei valori universali che trova il proprio retroterra culturale nei valori cristiani, ma anche nel laicismo liberale, nelle dottrine giurisnaturaliste, nell'ecumenismo del Concilio Vaticano II etc.

Questo nucleo forte di diritti umani ha – come si è detto – condizionato le evoluzioni del diritto penale moderno, favorendo la progressiva affermazione di un diritto penale internazionale che può essere applicato da un organismo giurisdizionale autenticamente sovranazionale e permanente, come la Corte penale internazionale.

Tale "nuova" frontiera del diritto penale non può tuttavia definirsi come un'autentica forma di "*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 cioè 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*.

Tale nuova dimensione oltre ad aprire importanti prospettive per una più compiuta tutela dei diritti umani a livello sovranazionale, sul versante interno, è in grado di stimolare una revisione critica delle scelte di politica criminale di volta in volta compiute dal legislatore nazionale, nei più svariati settori.

Ciò potrebbe per esempio accadere nello specifico ambito del diritto penale delle migrazioni ove il paradigma umanistico o umanitario potrebbe favorire il superamento della criminalizzazione diretta del fenomeno migratorio a vantaggio del rafforzamento di più avanzate forme di tutela giuridica del migrante fragile, vittima di traffici illeciti; come di recente osservato da Vincenzo Militello: «*Lo Statuto della Corte penale internazionale, nella sua parte di diritto penale sostanziale che elenca i crimini internazionali, prevede infatti "il traffico di persone, in particolare di donne e bambini per fini di sfruttamento sessuale" e significativamente lo considera come forma di manifestazione del crimine contro l'umanità della "riduzione in schiavitù", ancorché in presenza del fattore di contesto di un "esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco" (art. 7, rispettivamente co. 1 lett. c, e co. 2 lett. c)*».