

Francesco Viganò

Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'

SOMMARIO 1. Introduzione – 2. Diritto penale e Stato nazionale – 3. Verso una dimensione sovranazionale del diritto penale – 3.1. Il diritto penale internazionale – 3.2. Il c.d. diritto penale 'transnazionale' – 3.3. Il diritto internazionale dei diritti umani – 3.4 Il diritto penale dell'Unione europea – 4. Che cosa resta del vecchio diritto penale 'nazionale'? – 5. Qualche considerazione conclusiva

1. *Introduzione*

Enuncio subito la tesi essenziale del mio intervento: in concomitanza con l'inizio del nuovo millennio, i penalisti hanno assistito a un cambiamento radicale del loro modo tradizionale di concepire il proprio oggetto di studi, che – con sorprendente rapidità – da fenomeno proiettato in una dimensione essenzialmente nazionale si è aperto sempre più a una dimensione sovranazionale. Nel corso della mia stessa vita di studioso – ormai non proprio brevissima – ho avuto modo di toccare con mano questo drammatico cambiamento, che ha colto di sorpresa molti studiosi della mia generazione e di quella immediatamente precedente.

In questo intervento muoverò da una sommaria ricapitolazione delle ragioni per le quali il diritto penale è stato tradizionalmente considerato come una branca del diritto dai caratteri spiccatamente nazionali (*infra*, 2), per poi soffermarmi su quelli che definirei come quattro fondamentali vettori, che hanno contribuito negli ultimi decenni al rovesciamento di questo paradigma tradizionale, consegnandoci oggi l'immagine di un diritto penale profondamente permeato di una fisionomia e di una logica sovranazionale (*infra*, 3). Tirate quindi brevemente le somme di questa analisi (*infra*, 4) concluderò con qualche osservazione critica sull'attuale stato dell'arte e sulle prospettive future di un diritto penale 'sovranazionale' (*infra*, 5).

2. *Diritto penale e Stato nazionale*

Sin da epoche remote il diritto penale è sempre stato considerato come proiezione diretta del potere statale, e anzi della stessa sovranità statale.

Assumendo come paradigmatica di questa impostazione la riflessione

hobbesiana, il diritto penale rappresenta uno degli strumenti principali con il quale il sovrano assolve alla funzione fondamentale assegnatagli dal contratto sociale: quella, cioè, di impedire il *bellum omnium contra omnes* caratteristico dello stato di natura, assicurando a tutti i consociati sicurezza contro i nemici interni (mentre l'esercito assicura loro protezione contro i nemici esterni)¹.

In questo classico schema concettuale, l'esercizio dello *ius puniendi* – del potere, cioè, di sanzionare chi non rispetti le norme poste dallo stesso sovrano a garanzia della sicurezza collettiva² – è intrinsecamente legato alla ragion d'essere dello Stato. L'esercizio della potestà punitiva – si è recentemente sostenuto, in una prospettiva in fondo non lontana da quella contrattualistica – una vera e propria *prestazione* che l'amministrazione statale deve assicurare ai propri cittadini, per consentire loro di godere pacificamente dei loro diritti³.

Anche in una prospettiva più propriamente storica, il potere di punire (e, per converso, di dispensare grazie) è stato sempre considerato una delle prerogative essenziali del sovrano. Emblematica la storia inglese, in cui i sovrani normanni che nel 1066 si erano impadroniti del paese si preoccuparono subito di istituire corti itineranti, direttamente rispondenti al re, con il compito di amministrare – in particolare – la giustizia penale, sottraendo così questa incombenza ai potentati locali; processo cui seguì, nel tredicesimo secolo, la costituzione di un King's Bench presso la corte centrale, direttamente controllato dal sovrano, per l'amministrazione della giustizia penale, quanto meno per i casi più gravi⁴. Inquisitori, tribunali e boia erano, insomma, la mano armata del sovrano per assicurare la pace all'interno dello Stato; e gli stessi reati furono, per moltissimi secoli della storia inglese, considerati nella loro essenza come atti di ribellione contro la 'pace del re', e come rottura del vincolo di fedeltà del suddito nei confronti del sovrano. Tanto che il delitto di *treason*, punibile con la pena di morte, divenne il naturale paradigma del concetto stesso di reato, finendo per abbracciare le condotte più diverse, tutte caratterizzate dall'offesa recata dal suddito al-

¹ T. HOBBS, *Leviatano*, cap. XVII.

² Ancora, HOBBS, cit., cap. XVIII.

³ Il riferimento è allo stimolante volume di V. CHAO, *Criminal Law in the Age of Administrative State*, Oxford University Press, 2019.

⁴ U. MATTEI, *Common Law. Il diritto angloamericano*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2001, 20 s.

l'autorità del re⁵. Lo stesso diritto giurisprudenziale prodotto dai tribunali sovrani, il *common law*, apparve sin dall'inizio diritto *nazionale* inglese: certo, intriso di legami con il diritto romano e canonico dal punto di vista dei contenuti, ma destinato ormai a uno sviluppo autonomo e originale come diritto proprio del Regno.

Nell'Europa continentale, il processo di formazione di autentici diritti penali nazionali fu più lento: ma i risultati, alla fine, non furono dissimili da quelli britannici.

Nell'era della formazione e del consolidamento degli Stati nazionali nell'Europa continentale – tra il XVI e il XVII secolo – apparve del tutto ovvio ai rispettivi sovrani, desiderosi di affermare anche simbolicamente la propria autonomia dall'impero e dalle istituzioni sovranazionali che avevano caratterizzato l'epoca medievale, dedicare una particolare attenzione all'amministrazione della giustizia penale, nei secoli precedenti rimasta appannaggio dei tribunali ecclesiastici o delle amministrazioni civili locali, i primi applicanti un universale diritto canonico, le altre gli speciali statuti penali territoriali nell'ambito del grande tessuto connettivo rappresentato dallo *ius commune*, di portata generale e dal carattere altrettanto universale. Una volta rafforzato lo Stato nazionale in capo al monarca, occorre infatti affermare la sua autorità anche nell'amministrazione dello *ius puniendi* su tutto il territorio dello Stato: ciò che prese a realizzarsi, gradualmente, a partire dalla riorganizzazione delle corti e del loro *modus procedendi*, come accadde in particolare nell'esperienza francese a mezzo dell' *ordonnance criminelle* del 1670 di Luigi XIV⁶.

A partire poi dalla metà del Settecento, lungo un processo che si infittisce e si espande ovunque orizzontalmente negli ultimi decenni e prosegue nella prima metà del secolo successivo, in pressoché tutti gli Stati dell'Europa continentale il diritto penale di ciascuno Stato viene cristallizzato in codici, direttamente emanati dal sovrano e concepiti come fonti autosufficienti: non più bisognose, dunque, di attingere allo *ius commune* per quanto non espressamente regolato dal codice, come accadeva per gli antichi statuti. Con ciò sancendosi il definitivo trionfo del paradigma di un diritto penale nazionale, patrimonio specifico di ogni singolo Stato.

Il passaggio – lungo tutto l'arco del XIX secolo – dallo Stato assoluto a quello costituzionale, con la funzione legislativa riallocata ora in capo al

⁵ J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, IX ed., Oxford University Press, 2019, 24 s.

⁶ Su queste vicende storiche, cfr. per tutti A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 1, Giuffrè, 1979, 157 ss. e 254 ss.

parlamento, non modifica significativamente questo scenario. Il compito di emanare i codici viene, invero, trasferito alle assemblee elettive, in collaborazione con il governo; ma il prodotto legislativo finale resta opera di istituzioni *nazionali*. Il diritto penale è divenuto ormai, in tutta Europa, un patrimonio dei singoli Stati, e risulta quindi – fisiologicamente – diverso da ordinamento a ordinamento.

Non solo. Secondo un'opinione ampiamente diffusa nella scienza penalistica contemporanea di molti Paesi, ciascun diritto penale nazionale riflette direttamente il sistema di valori caratteristico della comunità di cui fissa le essenziali regole di condotta⁷, stabilendo le sanzioni più afflittive di cui l'ordinamento disponga nel caso di una loro violazione. Di questo sistema di valori, si afferma ancora, è interprete il legislatore nazionale e democraticamente legittimato, che opera all'interno – appunto – di una determinata comunità politica, la cui identità si assume differente rispetto a quella delle altre parallele comunità politiche.

Si spiegherebbero in tal modo – oltre che per l'influenza delle distinte tradizioni giuridiche, a loro volta frutto di scelte legislative risalenti nel tempo – le differenze anche marcate nella trama delle incriminazioni, nella qualità e intensità delle sanzioni, nonché nella struttura dei diversi sistemi processuali, che sono osservabili tra diversi ordinamenti, anche se affini per storia e struttura costituzionale.

E invero, se l'omicidio è ovunque previsto come reato, la quantità della pena detentiva prevista contro il suo autore varia in modo significativo da ordinamento a ordinamento, così come variano i casi in cui esso è aggravato, attenuato o giudicato non punibile – in alcuni paesi, oggi sempre più numerosi, riconoscendosi ad esempio la liceità di un novero a sua volta variabile di condotte eutanasiche. Differenze importanti si registrano, poi, in relazione ai cosiddetti reati d'opinione, nei quali ad essere incriminate sono condotte comunicative coperte, in linea di principio, dal diritto alla libertà di espressione, la cui limitazione ad opera delle norme incriminatrici assume tratti peculiari in ciascun ordinamento in ragione del suo contesto storico e culturale, più o meno sensibile – ad esempio – alle ragioni di tutela del sentimento religioso e delle sue istituzioni, alla protezione del buon costume e della morale sessuale, al contrasto all'istigazione alla violenza, ovvero alla custodia della memoria storica (emblematica, in questo senso, la particolare sensibilità mostrata dal diritto penale tedesco contro il negazionismo e ogni forma di revisionismo rispetto al passato nazionalsocialista).

⁷ Così, per tutti, la Corte costituzionale tedesca, nella propria sentenza sul Trattato di Lisbona: BVerfGE 123, 267, paragrafo 335.

Parimenti, i sistemi sanzionatori si presentano con caratteristiche assai variegate. La pena detentiva esiste un po' ovunque; ma la pena di morte resiste tenacemente negli Stati Uniti e in molti altri ordinamenti contemporanei; e le pene alternative, a cominciare da quella pecuniaria, sperimentano fortune molto diverse in ogni paese. Decisamente differenti sono poi la durata effettive delle pene detentive e le modalità delle loro esecuzione ed eventuale conversione in misure extramurarie, così come la stessa distinzione tra pene e misure di sicurezze, sconosciuta agli ordinamenti di *common law*.

Del tutto disomogenei sono, poi, i sistemi processuali penali – alcuni di stampo accusatorio, altri ancora ancorati a modelli fondamentalmente inquisitori; alcuni con un ruolo centrale assegnato alle giurie popolari, altre con forme di partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia assai più marginali o addirittura inesistenti –; e radicalmente differente è l'organizzazione delle istituzioni preposte, nel loro assieme, all'*enforcement* del diritto penale, con il pubblico ministero ora incardinato nel potere esecutivo o in quello giudiziario, ora autonomo da entrambi.

Beninteso, la dimensione sovranazionale caratteristica dell'antico *ius commune* non è mai scomparsa del tutto nemmeno dal diritto penale dei codici ottocenteschi e novecenteschi, ove si guardi a quello che i cultori di diritto comparato chiamerebbero il *formante dottrinale*. La scienza moderna del diritto penale, pur avendo a oggetto diritti penali nazionali, si è sempre nutrita di concetti, di categorie, di principi dal respiro sovranazionale. Se, ad esempio, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento la stessa dottrina penalistica italiana (la scuola classica di Francesco Carrara e poi la scuola positiva di Lombroso e Ferri) spiegarono un'importante influenza al di là dei nostri confini, un ruolo egemone nell'arco di entrambi i secoli fu giocato dalla penalistica tedesca, il cui influsso culturale è stato e continua a essere enorme in larga parte dell'Europa continentale (ex paesi del blocco sovietico compresi), dell'America Latina e di una parte dell'Asia (Giappone e Corea del Sud. I cultori del diritto penale di questi Paesi, almeno sino ad un'epoca assai recente, si sono formati sui testi dei grandi autori tedeschi, e hanno trascorso soggiorni di studio in Germania, trasferendo poi le conoscenze e gli schemi concettuali così acquisiti nei loro corsi di diritto penale, che tanta influenza producono poi sulla giurisprudenza e sulla stessa legislazione dei diversi Paesi.

Tuttavia, questa indubbia dimensione sovranazionale crea bensì una grammatica comune relativa ai concetti fondamentali della parte generale, che – quanto meno negli ordinamenti continentali – non incontra significativi ostacoli nelle peculiarità normative dei singoli codici penali; ma non

attinge, a ben guardare, i livelli che più caratterizzano i diritti penali nazionali, e che più determinano il ‘volto reale’ di ciascun sistema dal punto di vista dei suoi destinatari: e cioè le norme che fissano i precetti penalmente sanzionati e i relativi sistemi sanzionatori, i quali restano ampiamente differenziati da ordinamento a ordinamento. In una dimensione, appunto, strettamente nazionale.

3. *Verso una dimensione sovranazionale del diritto penale*

Eppure, a cavallo della *Jahrhundertwende* la scienza penalistica – non solo italiana – ha dovuto prendere atto che qualcosa stava cambiando rispetto al panorama appena tracciato, nella direzione di un carattere sempre più sovranazionale del diritto penale: non solo a livello dottrinale, ma anche normativo e giurisprudenziale.

Senza avere la pretesa di enunciare qui compiutamente le cause di questo complesso fenomeno, vorrei qui porre l’accento su quattro essenziali vettori, che hanno contribuito in maniera particolarmente rimarchevole a quello che merita ormai di essere considerato come un vero e proprio cambio di paradigma per la nostra disciplina.

3.1. *Il diritto penale internazionale*

La spinta più evidente, ancorché limitata a un settore specifico, è rappresentata dal diritto penale internazionale: e cioè a quella branca del diritto internazionale che si occupa della punizione dei crimini *iuris gentium*, ossia dei crimini che sono giudicati tali dall’intera comunità internazionale, e si ritiene meritino di essere perseguiti e sanzionati da corti internazionali.

Dopo i primi ma infruttuosi vagiti all’indomani della conclusione del primo conflitto mondiale, i Tribunali internazionali di Norimberga e di Tokyo segnano, come è noto, il vero atto di nascita del diritto penale internazionale, che tuttavia si sviluppa e si consolida soltanto negli anni novanta nel secolo scorso⁸: con l’istituzione dei tribunali *ad hoc* per l’ex Jugoslavia e il Ruanda, nonché, soprattutto, con la sottoscrizione – nel 1998 – dello Statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, che istituì la Corte penale internazionale: un’istituzione giudiziaria con caratteri di stabilità (ancorché con importanti assenze tra gli Stati dello scacchiere mondiale) che dovrebbe assicurare la persecuzione e la punizione dei crimini di genocidio, delle gravi

⁸ Ampiamente, su questa evoluzione storica, M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, II ed., Leiden-Boston, 2013, 535 ss.

violazioni del diritto internazionale umanitario (crimini di guerra), dei crimini contro l'umanità, nonché – dopo gli emendamenti dello Statuto di Roma apportati alla conferenza di Kampala, e alla loro entrata in vigore nel 2018 – del crimine di aggressione.

Il diritto penale internazionale segna, in effetti, una decisa virata rispetto alla tradizionale dimensione nazionale e statocentrica del diritto penale. Esso si fonda su norme di diritto internazionale (consuetudinarie sino al 1998, e ora positivizzate da una convenzione multilaterale), il cui *enforcement* è tipicamente affidato a organi internazionali, che lo Statuto di Roma individua nella Procura e nella Corte, entrambe con sede all'Aja⁹.

Le norme di diritto penale internazionale la cui violazione è sanzionata sono dunque condivise dall'intera comunità internazionale, e sono poste a tutela di interessi che la stessa comunità internazionale assume come propri. Tali norme sono pensate come capaci di imporsi anche rispetto a norme antinomiche prodotte dai singoli Stati, ponendosi dunque in relazione – in certo senso – gerarchica rispetto ad esse. I singoli legislatori non possono, infatti, sottrarre i propri cittadini alla vincolatività delle norme di diritto penale internazionale: anche gli Stati che non abbiano aderito allo Statuto di Roma e che non abbiano accettato la giurisdizione della Corte penale internazionale dell'Aja – ovvero che abbiano denunciato lo Statuto, dopo avervi aderito – non potrebbero impedire, quanto meno, una futura applicazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario che individuano i singoli crimini, né evitare la possibile applicazione di sanzioni da parte di corti penali internazionali nei confronti dei propri cittadini. Esattamente come accadde, insomma, ai cittadini tedeschi e giapponesi autori di crimini internazionali durante la Seconda guerra mondiale, ovvero ai cittadini ex jugoslavi o ruandesi, giudicati dai rispettivi tribunali *ad hoc* sulla base di norme incriminatrici considerate esistenti nel diritto internazionali al momento della condotta, anziché sulla base di quelle nazionali allora in vigore.

D'altra parte, nemmeno gli ordinamenti nazionali restano impermeabili al diritto penale internazionale – ed anzi, come ha scritto uno dei padri di questa disciplina, proprio i diritti nazionali dovrebbero costituire la pietra

⁹ Ma l'esperienza sin qui accumulata mostra una grande varietà di modelli, in particolare con riferimento all'esperienza dei tribunali c.d. *misti*, caratterizzati dalla compresenza di giudici nazionali e internazionali (sul punto, cfr. ancora CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 721 ss.). Inoltre, come subito si dirà nel testo, le stesse corti penali nazionali si considerano oggi tenute ad assicurare l'*enforcement* delle norme di diritto penale internazionale, sia pure attraverso la mediazione del diritto nazionale, nei rispettivi ordinamenti.

angolare dello stesso diritto penale internazionale¹⁰.

Per un verso, il funzionamento complessivo del sistema di *enforcement* di quest'ultimo necessita di una collaborazione da parte degli ordinamenti processuali, sui quali incombe tra l'altro il compito di arrestare ed assicurare fisicamente la presenza degli imputati al processo¹¹, nonché di eseguirne le relative sanzioni¹².

Per altro verso, e soprattutto, l'intero sistema si fonda sull'idea del ruolo meramente 'complementare'¹³ della giurisdizione internazionale rispetto agli ordinamenti nazionali, chiamati in prima battuta a *dedere* – e cioè a consegnare i sospetti autori di crimini di reato alle giurisdizioni internazionali o nazionali che intendano perseguirli – o, preferibilmente, a *iudicare*: a esercitare, cioè, direttamente la propria potestà punitiva nei loro confronti. La giurisdizione della Corte penale internazionale, ad esempio, è in linea di principio subordinata alla prova che lo Stato di cittadinanza dell'imputato sia '*unwilling*' o, per qualche ragione oggettiva, '*unable*' ad esercitare esso stesso in maniera '*genuine*' la propria giurisdizione penale, alle condizioni stabilite dall'art. 17 dello Statuto di Roma.

Ma un simile compito presuppone che le singole giurisdizioni nazionali siano esse stesse dotate di norme incriminatrici che consentano loro di punire i crimini internazionali commessi sul loro territorio, in adempimento del loro impegno di «non lasciare impuniti» i crimini stessi e di «esercitare [la propria] giurisdizione penale» sui loro autori: impegno, questo, al quale espressamente richiama il preambolo dello stesso Statuto di Roma.

A tal fine, è evidente che le norme interne di ciascuno Stato che assicurano la punizione dovrebbero essere conformate in maniera tale da abbracciare l'intero spettro delle condotte costituenti crimini internazionali, e da consentire una punizione sufficientemente severa di tali condotte, in grado dunque di riflettere il loro disvalore: e ciò anche allo scopo di sventare il rischio che l'eventuale esercizio dell'azione penale a livello nazionale non venga poi considerato dalla Corte penale internazionale come non genuinamente rivolto alla punizione dei colpevoli – con conseguente riespansione della giurisdizione della Corte per i medesimi fatti, e inoperatività dello stesso *ne bis in idem* in relazione alle eventuali condanne definitive già

¹⁰ CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 944.

¹¹ Si vedano gli artt. 89 ss. dello Statuto di Roma.

¹² Artt. 103 ss. dello Statuto di Roma.

¹³ Ancora, CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 19 ss.

pronunciate a livello nazionale¹⁴.

Giudicando insufficiente allo scopo il preesistente quadro legislativo nazionale, numerosi Stati parte dello Statuto di Roma – ma a tutt'oggi non ancora l'Italia – si sono così dotati, nel corso degli ultimi due decenni, di un'apposita legislazione (a volte organizzata in un vero e proprio codice, come in Germania) disciplinante i crimini internazionali ai fini dell'esercizio della propria giurisdizione interna, nel quadro di un processo definito felicemente di *'domestication'* del diritto penale internazionale¹⁵, talora prevedendosi altresì una micro parte generale specificamente ritagliata sulle peculiarità di tali crimini.

In questo contesto, le norme di diritto penale concernenti crimini internazionali continuano invero ad essere prodotte dai parlamenti nazionali, e a essere considerate a tutti gli effetti (a cominciare dall'eventuale controllo di legittimità costituzionale) come norme statali interne; ma il loro contenuto è, in larghissima misura, condizionato da – se non addirittura meramente riprodotto di – fonti internazionali¹⁶: gli *Elements of Crime* adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, cui l'art. 9 dello Statuto di Roma rinvia per la definizione di ciascun crimine, la giurisprudenza relativa della stessa Corte e delle altre giurisdizioni che applicano il diritto penale internazionale, nonché le convenzioni internazionali – spesso antecedenti allo stesso Statuto – relative a singoli crimini, che di regola impongono a livello nazionale agli Stati parte specifici obblighi di criminalizzazione delle condotte che ne costituiscono l'oggetto¹⁷.

In definitiva, il diritto penale internazionale si presenta come un fattore di brusca rottura del paradigma tradizionale 'nazionale' del diritto penale sotto un duplice profilo. Da un lato, esso identifica un *corpus* di norme (in origine consuetudinarie, poi positivizzate in convenzioni o comunque in

¹⁴ Cfr. l'art. 20 (3) dello Statuto di Roma.

¹⁵ Su cui si veda, recentemente, F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating International Criminal Law*, 2023.

¹⁶ Sulle ragioni dell'opportunità per il legislatore nazionale, nell'operazione di *'domestication'* del diritto penale internazionale, di introdurre fattispecie criminose che non coprano un novero più ampio di condotte rispetto a quelle già incluse nei rispettivi crimini internazionali sulle base delle fonti internazionali pertinenti, quanto meno laddove si intenda stabilirne la persecuzione universale, cfr. – volendo – F. VIGANÒ, *International Criminal Law Implementation and Constitutional Law*, in F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating*, cit., 48 s.

¹⁷ Si veda, a mero titolo di esempio l'art. V della Convenzione sul genocidio.

atti normativi, oggetto a loro volta di una sempre più ricca giurisprudenza) che costituiscono parte integrante del diritto internazionale, e il cui *enforcement* è assicurato, almeno in ultima istanza, da corti e istituzioni internazionali. Dall'altro, il diritto penale internazionale opera quale stimolo alla produzione di norme penali domestiche, il cui contenuto è però sostanzialmente determinato da quelle fonti internazionali, e che per di più aspirano generalmente ad essere applicate – in forza del criterio di giurisdizione universale – a fatti da chiunque e ovunque commessi: ben al di là, dunque, dei confini nazionali¹⁸.

3.2. *Il c.d. diritto penale 'transnazionale'*

Se il diritto penale internazionale concerne un numero in effetti circoscritto di condotte criminose, compiute in contesti bellici ovvero nel quadro di attacchi sistematici condotti da gruppi organizzati contro la popolazione civile, un novero assai più ampio di reati costituisce l'oggetto di ciò che è stato definito 'diritto penale transnazionale': e cioè quel settore del diritto internazionale pattizio dal quale discendono obblighi reciproci (o 'orizzontali') tra gli Stati parte e, assieme, obblighi 'verticali' di applicazione del diritto penale da parte di quegli stessi Stati nei confronti dei singoli consociati, allo scopo di contrastare determinati reati¹⁹.

Oggetto di elezione del diritto penale transnazionale sono i 'reati transnazionali': ossia i reati che più frequentemente sono commessi nel territorio di più Stati, o che comunque producono effetti oltre i confini dello Stato nel quale sono commessi²⁰. Per contrastare più efficacemente questi reati, vengono sovente stipulate convenzioni multilaterali tra gli Stati, dalle quali discendono, fondamentalmente, obblighi di *criminalizzazione* e di efficace *persecuzione* in ciascun ordinamento nazionale delle condotte che sono oggetto delle diverse convenzioni, nonché obblighi di *collaborazione giudiziaria e di polizia* tra i diversi ordinamenti²¹, per far sì che le frontiere nazionali non siano di ostacolo (o, almeno, non siano di eccessivo ostacolo)

¹⁸ Sul ruolo centrale delle giurisdizioni nazionali nell'assicurare l'*enforcement* del diritto penale internazionale, attraverso la sua applicazione 'domestica' sulla base di criteri di giurisdizione universale, cfr. ora A. Zimmermann, J. Schabedoth, *Domestic and International Justice. Challenges Ahead*, in F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating*, cit., 73 s.

¹⁹ Così N. BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, 13.

²⁰ BOISTER, *An Introduction*, cit., 3 ss.

²¹ BOISTER, *An Introduction*, cit., 14.

all'attività di indagine e di repressione penale di tali condotte.

Questi strumenti pattizi – chiamati anche ‘*suppression conventions*’, proprio perché rivolti a coinvolgere l'intera comunità internazionale nell'obiettivo di ‘sopprimere’ determinati fenomeni criminosi – si sono moltiplicati negli ultimi decenni.

L'esempio più risalente è costituito dalle convenzioni in materia di schiavitù e di traffico di schiavi²². Dopo che nell'Ottocento erano stati stipulati vari trattati bilaterali miranti a porre al bando tali pratiche, nel 1926 fu adottata, in seno alla Lega delle Nazioni, una Convenzione sulla schiavitù, contenente all'art. 1 la definizione del relativo reato, e agli articoli successivi l'obbligo per gli Stati parte di prevenire e sopprimere il traffico degli schiavi e di portare a compimento l'abolizione della pratica in tutte le sue forme. In particolare, l'art. 6 prevedeva l'obbligo per ciascuno Stato di «adottare le misure necessarie affinché pene severe possano essere imposte rispetto a simili reati». Tale primo strumento fu poi affiancato, nel 1956, da una Convenzione supplementare, anch'essa stipulata a Ginevra, mirante a colpire le pratiche analoghe alla schiavitù, e contenente ulteriori obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati parte. Si noti: né in quest'ultima convenzione né nella precedente le condotte ivi descritte vengono di per sé considerate reati *iuris gentium*, e cioè crimini punibili direttamente sulla base del diritto internazionale – come avviene invece, nell'art. 7(1)(c) dello Statuto di Roma, laddove la schiavitù sia compiuta nel quadro di un attacco su larga scala o sistematico contro la popolazione civile. Piuttosto, la responsabilità penale è chiaramente configurata come discendente dal diritto nazionale dei singoli Stati membri, i quali si obbligano però a conformare la rispettiva legislazione secondo le indicazioni delle due convenzioni.

Analoga è la tecnica utilizzata dello strumento internazionale che costituisce a tutt'oggi il prototipo delle ‘*suppression conventions*’, e cioè la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze narcotiche e psicotrope del 1988 – la quale, a sua volta, completa un articolato quadro convenzionale composto di una prima Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961, del suo Protocollo del 1972 e della Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971²³. L'art. 3 della Convenzione del 1988, ponendosi sulla medesima linea dei precedenti strumenti, impone agli Stati parte l'obbligo incondizionato di criminalizzare una vasta serie di condotte concernenti gli stupefacenti e il reimpiego o occultamento dei relativi pro-

²² BOISTER, *An Introduction*, cit., 36 ss.

²³ Su tutti tali strumenti, cfr. ancora BOISTER, *An Introduction*, cit., 50 ss.

fitti, nonché una serie di ulteriori obblighi di criminalizzazione condizionati al rispetto dei principi costituzionali e dei *'basic concepts'* del sistema giuridico di ciascuno Stato, come – in particolare – il possesso di sostanze stupefacenti per uso personale. Lo stesso art. 3 fornisce altresì una serie di indicazioni sulla tipologia ed entità delle pene da imporre, sulla durata dei termini prescrizionali, nonché sulle circostanze aggravanti dei vari reati; ma chiarisce espressamente, all'ultimo paragrafo, che quanto precedentemente stabilito tiene fermo il principio secondo cui «la descrizione dei reati e delle relative scriminanti è riservata alla legge nazionale dello Stato e che tali reati devono essere perseguiti e puniti ai sensi di quella legge», ciò che esclude in modo che le convenzioni in parola abbiano inteso configurare dei crimini internazionali, nel senso prima illustrato. L'art. 4 della Convenzione del 1988 detta poi regole in materia di giurisdizione, volte in sostanza a minimizzare il rischio che l'autore delle condotte descritte nell'art. 3 possa sfuggire alla persecuzione; l'art. 5 sancisce una dettagliata disciplina in materia di confisca delle sostanze vietate, ma anche dei profitti illeciti e delle loro successive trasformazioni, fissando anche obblighi di confisca per equivalente e un invito a «considerare» la possibilità di invertire l'onere della prova sull'origine lecita dei beni soggetti a confisca; mentre gli articoli 6 e 7 stabiliscono obblighi di estradizione e di assistenza legale mutua nelle indagini e nei procedimenti penali in materia di traffico di droghe.

Una vasta gamma di ulteriori strumenti pattizi ha di mira le condotte terroristiche, descrivendo anche in questo caso condotte che gli Stati si impegnano a criminalizzare e perseguire, assicurandosi parallelamente assistenza reciproca. Gli strumenti più risalenti concernono gli attentati contro la sicurezza dei voli e degli aeroporti; altre convenzioni concernono poi gli attentati contro persone internazionalmente protette, la protezione del materiale nucleare, la presa di ostaggi, e più recentemente l'uso terrorstico di bombe e il finanziamento del terrorismo, mentre sinora non è stato possibile raggiungere un consenso in seno alla comunità internazionale per la stipula di una convenzione di carattere generale contro il terrorismo, essenzialmente in ragione delle difficoltà di individuare una definizione condivisa di attività terrorstica²⁴.

Con l'inizio del nuovo millennio, importanti convenzioni sono state poi stipulate, nel quadro istituzionale delle Nazioni Unite, in materia di crimine organizzato transnazionale (Convenzione di Palermo, 2000, con i suoi protocolli in materia di traffico di esseri umani, di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e di traffico di armi da fuoco) e di corruzione

²⁴ BOISTER, *An Introduction*, cit., 62 ss.

(Convenzione di Mérida, 2003); e un numero sempre più ampio di convenzioni delle Nazioni Unite concerne ormai condotte criminose dal più diverso oggetto – dalla regolazione della pesca, al traffico di specie protette, all'inquinamento dei mari²⁵. Il ruolo centrale per la promozione e la stipula di *'suppressing conventions'* è svolto ormai stabilmente dall'UN Office on Drugs and Crime (UNODC), con sede a Vienna²⁶.

Inoltre, numerose altre convenzioni che impongono obblighi di criminalizzazione, persecuzione e collaborazione giudiziaria e di polizia sono state stipulate negli ultimi decenni nell'ambito di organizzazioni internazionali diverse dalle Nazioni Unite, ciò che sovente prepara il terreno per la successiva adozione di convenzioni 'universali' nell'ambito delle stesse Nazioni Unite. Particolarmente attivi sono stati sinora, in questo contesto, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), nel cui ambito è stata ad esempio stipulata, nel 1997, l'importante Convenzione per la lotta contro la corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, le cui previsioni sono servite poi da modello per la già menzionata Convenzione di Mérida delle Nazioni Unite; nonché, a livello *regionale*, l'Organizzazione degli Stati americani²⁷ e il Consiglio d'Europa.

Nell'ambito di quest'ultimo quadro giuridico è stato stipulato un numero ormai assai significativo di convenzioni e protocolli addizionali in materia penale, talvolta aperti anche alla firma di Paesi non membri del Consiglio d'Europa, in ambiti che vanno dal terrorismo (1977, 2003, 2005 e 2015), al controllo dell'acquisto e del possesso di armi da fuoco da parte dei privati (1978), alla compensazione delle vittime di reati violenti (1983), alla tutela della proprietà culturale (1985), alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale (1998), alla corruzione (1999 e 2003), ai reati commessi mediante internet (2001 e 2003), al traffico di esseri umani (2005),

²⁵ Puntuali citazioni, ancora, in BOISTER, *An Introduction*, cit., 112 ss.

²⁶ BOISTER, *An Introduction*, cit., 257.

²⁷ Nel cui ambito sono state stipulate, tra l'altro, convenzioni in materia di estradizione (1981), di prevenzione e repressione della tortura (1985), di abolizione della pena di morte (1990), di assistenza reciproca in materia penale (1993), di esecuzione di condanne penali all'estero (1993), di sparizione forzata di persone (1994), di violenza contro la donna (1994), di traffico internazionali di minori (1994), di corruzione (1996), di fabbricazione e traffico illecito di armi da fuoco (1997), di terrorismo (2002). Per l'elenco completo delle convenzioni stipulate nell'ambito dell'OSA, cfr. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico_lista.asp#2022>.

alla disciplina del riciclaggio e del sequestro e la confisca dei proventi del reato (2005), alla tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali (2007), alla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (2011), alla contraffazione di prodotti medici (2011), alla manipolazione di competizioni sportive (2014), al traffico di organi umani (2015)²⁸.

Nessuna di queste convenzioni, conviene ribadirlo, ha effetto diretto negli ordinamenti degli Stati parte: gli obblighi da essi creati vincolano unicamente gli Stati firmatari – non, dunque, i loro cittadini né, comunque, coloro che agiscono nell’ambito delle relative giurisdizioni. Tuttavia, la loro influenza sul diritto penale degli Stati firmatari è notevole, e segue a crescere in conseguenza della continua espansione di tali strumenti.

Per spiegare questa loro (crescente) influenza, occorre anzitutto considerare che le convenzioni, soprattutto di ultima generazione, prevedono spesso un apparato istituzionale e specifici strumenti per assicurare la loro implementazione e *compliance*, che vanno al di là delle mere pressioni politiche ed economiche – pure largamente utilizzate dai paesi più interessati al raggiungimento degli obiettivi di ciascuna convenzione (emblematico, in questo senso, lo sforzo tradizionalmente profuso dagli Stati Uniti per assicurare l’effettiva implementazione della Convenzione sugli stupefacenti del 1988, soprattutto da parte degli Stati produttori di tali sostanze)²⁹. Tra questi strumenti spiccano i meccanismi periodici di autovalutazione e di *peer review* previsti da varie convenzioni³⁰, che talvolta istituiscono altresì degli specifici comitati composti da esperti provenienti dai diversi Stati parte (come – in particolare – il *Working Group on Bribery* istituito dalla Convenzione OCSE sulla corruzione del 1997, il Gruppo di Stati contro la corruzione GRECO istituito dalla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 1999, il Gruppo di esperti GRETA istituito dalla Convenzione sul traffico di esseri umani del Consiglio d’Europa del 2005). Questi organismi hanno il compito di monitorare, nell’ambito di procedimenti che prevedono normalmente visite *in loco* e contraddittorio con le autorità locali, il grado di implementazione in ciascun ordinamento degli obblighi convenzionali, e

²⁸ Per l’elenco completo, e l’indicazione dei riferimenti precisi di ciascuna convenzione, cfr. <<https://www.coe.int/en/web/transnational-criminal-justice-pcoc/Applicable%20instruments>>.

²⁹ BOISTER, *An Introduction*, cit., 60 s.

³⁰ Si vedano ad esempio gli artt. 32 e 63, rispettivamente, delle Convenzioni ONU sul crimine organizzato e sulla corruzione.

di formulare a questi ultimi periodiche raccomandazioni, la cui pubblicazione finisce per esercitare un'elevata *moral suasion* a carico dei vari Stati. A tali strumenti si affiancano poi meccanismi che offrono assistenza tecnica e programmi di *capacity building*, rivolti a legislatori, amministratori e operatori giudiziari, in particolare a beneficio degli Stati con minori risorse o che più recentemente abbiano adottato ordinamenti democratici³¹.

Gli obblighi previsti da ciascuna convenzione finiscono così per incidere in maniera rilevante sui rispettivi ordinamenti penali, anzitutto nella concreta conformazione delle norme incriminatrici. In effetti, tutti questi strumenti pongono anzitutto, a carico di ciascuno Stato, l'obbligo di criminalizzare una serie di condotte, descritte in modo analitico, sì da lasciare ai legislatori nazionali pochi margini di discrezionalità nell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti, se non nella direzione della criminalizzazione di condotte *ulteriori* a quelle descritte dallo strumento internazionale, che fissa di regola standard minimi di penalizzazione; e ciò a meno che sia la stessa convenzione a rimettersi alla discrezionale valutazione del legislatore nazionale, prescrivendogli soltanto di 'considerare' la possibile adozione di un'incriminazione (come nel caso della fattispecie di arricchimento illecito, nei termini indicati dall'art. 20 della Convenzione di Mérida). Conseguentemente, i legislatori nazionali tendono spesso a riprodurre nei rispettivi ordinamenti le fattispecie descritte da ciascuno strumento internazionale, limitandosi semplicemente a adattarne la terminologia e la forma stilistica agli standard normativi domestici.

Nel nostro ordinamento penale, in particolare, sono ormai assai numerose le *fattispecie criminose* introdotte o modificate (anche, se non esclusivamente) allo scopo di rispettare gli obblighi internazionali derivanti da tali strumenti (e da quelli paralleli del diritto dell'Unione, di cui parleremo tra qualche istante): dalle norme in materia di schiavitù, prostituzione, pornografia minorile e – più in generale – abusi su minori, più volte ritoccate a questo fine nel corso dell'ultimo ventennio, sino alla disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione e fattispecie correlate (incluse le norme sulla corruzione tra privati e il traffico di influenze), che furono oggetto nel 2013 – ad opera della legge Severino – di una fondamentale riforma, la cui stella polare era rappresentata proprio dall'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano ai sempre più fitti standard internazionali in materia.

Analogamente accade in materia di *sanzioni*, in senso lato, da adottare per contrastare i singoli fenomeni criminosi: sanzioni tra le quali spiccano

³¹ BOISTER, *An Introduction*, cit., 265 s.

per importanza la *responsabilità delle persone giuridiche* e la *confisca* dei proventi o di beni utilizzati per commettere il reato. Per quanto riguarda la prima, è noto ad esempio che il fattore decisivo che indusse il legislatore italiano a rompere gli indugi nel senso dell'introduzione (già invocata da una dottrina pionieristica) di una disciplina organica della responsabilità da reato degli enti, mediante il d. lgs. n. 231 del 2001, fu rappresentato dalla necessità di conformarsi agli obblighi derivanti dall'art. 2 della Convenzione OCSE del 1997 in materia di corruzione, oltre che a quelli omologhi derivanti da convenzioni e protocolli in materia di corruzione pressoché coevi stipulati in seno all'Unione europea, che prevedevano tutte l'obbligo di introdurre forme di responsabilità dell'ente – non necessariamente di natura penale – per il fatto compiuto nel loro interesse o vantaggio da soggetti intranei all'ente medesimo. Per quanto riguarda la seconda, è di diretta derivazione internazionale la confisca per equivalente, già richiesta dall'art. 5(1)(a) della Convenzione ONU sugli stupefacenti del 1988 con formula riprodotta poi regolarmente negli strumenti successivi, stipulati in ambito ONU o in altra sede: forma di confisca oggi applicabile in Italia a un gran numero di reati (art. 240-*bis* c.p.), ma che ha fatto ingresso gradualmente nel nostro ordinamento a partire dalla fine degli anni novanta, in particolare in materia di corruzione (art. 321-*ter* c.p., introdotto con la legge n. 300 del 2000), in adempimento tra l'altro dello specifico obbligo discendente dall'art. 3(3) della Convenzione OCSE.

Per completare il quadro, occorre peraltro considerare anche l'impatto sugli ordinamenti penali nazionali di fonti internazionali di *soft law*: non vincolanti, dunque, ma comunque in grado di esercitare su di essi una significativa influenza. Particolarmente significativo è, ad esempio, il ruolo del Gruppo di azione finanziaria (FATF-GAFI)³², istituito dal G7 nel 1989 per elaborare strategie per il contrasto al riciclaggio, le cui raccomandazioni – a partire dalle prime quaranta pubblicate nel 1990 – hanno svolto una funzione decisiva nel processo di progressiva (e apparentemente inarrestabile) espansione, nel mondo, dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, originariamente ritagliati attorno alle fattispecie di traffico di droga in base alla Convenzione ONU del 1988 e poi estesi, anche nell'ordinamento italiano, ad un novero sempre più ampio di delitti presupposto³³.

In definitiva: rispetto all'intero ambito del diritto penale transnazionale,

³² Sulla storia e la missione del FATF-GAFI, si veda <<https://www.fatf-gafi.org/en/the-fatf/history-of-the-fatf.html>>.

³³ Su questo processo, cfr. ancora BOISTER, *An Introduction*, cit., 100 ss.

la rottura del paradigma tradizionale del diritto penale come espressione della sovranità statale è meno apparente di quanto accada per il diritto penale internazionale, ma – probabilmente – assai più incisiva nella sostanza, in conseguenza del raggio di azione assai più ampio del primo rispetto al secondo. La fisionomia di categorie sempre più ampie di reati nonché di istituti della parte generale o tipologie di sanzioni, e talvolta la loro stessa presenza nel sistema (come nel caso, da ultimo menzionato, delle fattispecie di riciclaggio), dipendono da norme internazionali, di *hard* e persino di *soft law*; norme alla cui elaborazione i singoli Stati partecipano tramite i rispettivi rappresentanti diplomatici, e dunque con un coinvolgimento esclusivo del potere esecutivo, mediante un meccanismo di approvazione dei testi che non presuppone, evidentemente, l'unanimità – e che pertanto si impone anche agli Stati dissenzienti sulle singole clausole. Al singolo Stato resta, alla fine, soltanto la scelta se sottoscrivere o meno lo strumento, nell'ipotesi in cui si tratti di una convenzione (e nemmeno questa scelta se si tratti di uno strumento di *soft law* direttamente pubblicato da una istituzione come il FATF-GAFI); e ai parlamenti nazionali residua, nel caso di strumenti pattizi, soltanto la valutazione finale sulla loro ratifica, o sulla relativa autorizzazione (come nel caso italiano), senza che essi possano più rimettere in discussione gli obblighi contenuti negli strumenti medesimi, destinati comunque a essere implementati *tels quels* nella successiva legislazione penale di trasposizione.

Di più: per ciò che concerne l'ordinamento italiano, una volta trasposti, gli obblighi internazionali di criminalizzazione sembrano conferire alle norme penali di trasposizione una particolare *forza di resistenza all'abrogazione*, quanto meno rispetto ad iniziative referendarie il cui successo sia suscettibile di determinare una situazione di inadempimento di tali obblighi. La costante giurisprudenza della Corte costituzionale considera in effetti inammissibili non solo i referendum che abbiano ad oggetto le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali (come espressamente stabilito dall'art. 75 Cost.), ma anche quelli il cui esito positivo esporrebbe lo Stato italiano «a responsabilità nei confronti delle altre parti contraenti a causa della violazione degli impegni assunti in sede internazionale»³⁴: principio, questo, sulla cui base sono stati dichiarati inammissibili, a partire dagli anni ottanta sino al 2022, vari quesiti referendari miranti ad abrogare previsioni sanzionatorie in materia di stupefacenti, imposte dai vigenti obblighi internazionali³⁵.

³⁴ Sentenza n. 28 del 1993. Analogamente, in precedenza, sentenza n. 30 del 1981.

³⁵ Da ultimo, sentenza n. 51 del 2022.

Il diritto penale ‘figlio’ degli obblighi o delle raccomandazioni internazionali continua, così, a essere formalmente di origine statale; ma il suo contenuto è in larga misura determinato dalle fonti internazionali, le quali finiscono così per compiere direttamente quelle valutazioni sulla meritevolezza e necessità di pena che la dottrina penalistica tradizionale considera monopolio del legislatore nazionale democraticamente eletto.

3.3. *Il diritto internazionale dei diritti umani*

Un terzo vettore di rottura della tradizionale dimensione nazionale del diritto penale è rappresentato dal diritto internazionale dei diritti umani.

Come già aveva osservato Mireille Delmas-Marty in un noto saggio del 1986, la sua influenza sul diritto penale si snoda lungo due direzioni essenziali, apparentemente antitetiche: da un lato, i diritti umani operano quali *limiti* alla potestà punitiva statale, ponendo in effetti divieti allo stesso legislatore penale nella configurazione dei presupposti della responsabilità penale, delle norme processuali e delle regole sanzionatorie, in chiave di tutela dei diritti umani dei *sospetti autori di reato*, e poi degli *imputati* e dei *condannati* (a); dall’altro, essi operano come fattore di *espansione* del diritto penale, attraverso l’imposizione agli Stati di obblighi di criminalizzazione (e di efficace persecuzione e punizione) di condotte lesive dei diritti umani delle *vittime* (b)³⁶.

(a) La ‘vocazione naturale’ dei diritti umani – così come quella dei diritti ‘fondamentali’ riconosciuti dall’ordinamento costituzionale di ciascuno Stato – è certamente quella di porre *limiti* al potere statale, e al potere pubblico in genere, in omaggio a ragioni di tutela della persona sulla quale tale potere viene esercitato. In materia penale, la prima, ovvia, direzione di tutela dei diritti umani è dunque in favore delle persone che possono essere colpite dalla potestà punitiva statale nel senso più ampio. La stessa posizione della norma incriminatrice restringe, anzitutto, la generale libertà di azione

³⁶ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, 1992 (originale francese 1986), 265 s. In particolare, ad Andrew Ashworth e Ben Emmerson si deve un pionieristico studio (la prima edizione è del 2001) sulle molteplici relazioni tra giustizia penale inglese e diritti umani, in particolare sulla base della Convenzione europea e dello *Human Rights Act*, che incorporò nel 1998 la Convenzione nell’ordinamento britannico: cfr. ora B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, III ed, Londra, 2012. Su tali relazioni, con riferimento specifico all’ordinamento italiano in rapporto alla giurisprudenza della Corte EDU, si consenta il rinvio a G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022.

e/o gli eventuali specifici diritti della persona limitati dal precetto penale (ad esempio, la sua libertà di espressione in tutti i delitti di opinione); mentre l'azione della polizia e delle altre istituzioni deputate al *law enforcement*, le misure cautelari e del processo, e poi la stessa inflizione ed esecuzione delle sanzioni penali determinano anch'esse importanti, e spesso drammatiche, compressioni dei diritti della persona. I diritti umani segnano i limiti dello *ius puniendi*, rispetto a tutti i poteri dello Stato: compreso lo stesso potere *legislativo*, al quale è vietato introdurre norme dalle quali discendano indebite compressioni di quegli stessi diritti.

Sul piano del diritto penale sostanziale, tali limiti si traducono anzitutto in altrettanti *divieti di incriminare* condotte che costituiscono esercizio di diritti umani, allorché la compressione di questi diritti non sia proporzionata rispetto al legittimo scopo perseguito dal legislatore. Così, in tre celebri e ormai risalenti sentenze la Corte EDU ha ritenuto contraria al diritto alla vita privata e familiare l'incriminazione dei rapporti omosessuali all'epoca prevista negli ordinamenti inglese³⁷, irlandese³⁸ e cipriota³⁹; così come, più recentemente, ha dichiarato contraria al medesimo diritto (in combinato disposto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU) la previsione come reato, da parte del codice penale austriaco, di rapporti omosessuali con minori di diciotto anni consenzienti⁴⁰.

Dal diritto internazionale dei diritti umani discendono poi limiti alle tecniche di incriminazione imposti dal rispetto del principio di legalità penale e dai suoi corollari (sufficiente precisione del precetto, divieto di retroattività *in peius* e retroattività *in mitius*)⁴¹, nonché limiti alla potestà sanzionatoria degli Stati, *sub specie* – anzitutto – di divieto della pena di morte nell'ambito regionale europeo e interamericano (e quanto meno di restrizioni a tale pena a livello globale), ma anche di standard per il trattamento penitenziario⁴², di speciale conformazione del trattamento sanzio-

³⁷ Dundgeon c. Regno Unito, sentenza 22 ottobre 1981.

³⁸ Norris c. Irlanda, sentenza 26 ottobre 1988.

³⁹ Modinos c. Cipro, sentenza 22 aprile 1993.

⁴⁰ L e V c. Austria e SL c. Austria, sentenza 9 gennaio 2003.

⁴¹ Per un'ampia rassegna della giurisprudenza della Corte EDU in materia, cfr. F. MAZZACUVA, Nulla poena sine lege, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *op. cit.*, 299 ss.

⁴² Si vedano, tra i principali strumenti di *soft law* in materia, le *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (c.d. *Mandela Rules*) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2015 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/443/>

natorio per i minori⁴³, così come – ancora in ambito europeo – di divieto dell'ergastolo senza possibilità di libertà anticipata⁴⁴, sino a giungere a indicazioni più puntuali quali il generale divieto di applicare pene detentive ai giornalisti per fatti commessi nell'esercizio della loro professione⁴⁵.

Limiti incisivi alla stessa discrezionalità legislativa (oltre che alla sfera di azione degli altri poteri dello Stato nell'applicazione concreta della legge) derivano, infine, dai diritti umani che attengono al processo penale e a quelli incisi dai poteri coercitivi utilizzabili durante le indagini penali: la libertà personale *in primis*, e poi il diritto alla vita privata e familiare – comprensivo del domicilio e della segretezza della corrispondenza –, il diritto di proprietà, e così via⁴⁶. In particolare, l'ormai ricchissima giurisprudenza della Corte EDU si è incaricata – nello spazio giuridico del Consiglio d'Europa – di tradurre questi limiti in standard minimi di tutela dei diritti individuali, che formano nel loro insieme i principi di un vero e proprio *diritto processuale penale europeo*⁴⁷: un diritto che, come vedremo tra qualche istante, costituisce

41/PDF/N1544341.pdf?OpenElement> e, a livello regionale le *European Prison Rules*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2006 con la Recommendation Rec(2006)2 <<https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>>. Per una rassegna aggiornata della copiosa giurisprudenza della Corte EDU in proposito, cfr. il *factsheet* pubblicato sul sito della Corte su *Detention Conditions and treatments of Prisoners* <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Detention_conditions_ENG> e ivi ulteriori riferimenti.

⁴³ Cfr. l'art. 37 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo nonché, tra le fonti principali di *soft law* in materia, le *Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (c.d. *Beijing Rules*) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/beijingrules.pdf>> e, in ambito regionale europeo, le *European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures* adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2008 <<https://www.refworld.org/pdfid/4a7058c02.pdf>>.

⁴⁴ Fondamentale, sul punto, la sentenza della Corte EDU *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

⁴⁵ Giurisprudenza costante, a partire almeno dalla sentenza della Corte EDU *Cumpana and Mazare c. Romania*, 17 dicembre 2004.

⁴⁶ In materia, si veda il ponderoso studio – ancorché ormai non più aggiornato – di S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.

⁴⁷ Come tale oggetto ormai, giustamente, di studi monografici anche presso la dottrina italiana: cfr., ad esempio, l'ampio volume di C. Ceresa-Gastaldo, S. Lonati (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021.

lo sfondo su cui operano gli stessi strumenti di armonizzazione e cooperazione processuale adottati dall'Unione europea nell'ultimo ventennio.

(b) Ma, come anticipato, i diritti umani operano anche in una direzione in certo senso opposta: e cioè come strumento di tutela della *vittima* di aggressioni criminose che si rivolgano contro i *suoi* diritti.

A partire grosso modo dagli anni ottanta, è ormai pacifico che dal riconoscimento – da parte della comunità internazionale – dei diritti della persona derivano anche, a carico delle autorità pubbliche, non solo *obblighi negativi* di astenersi da condotte direttamente lesive di tali diritti, ma anche *obblighi positivi* di protezione dei diritti medesimi contro situazioni di pericolo, derivanti in particolare da attacchi da parte di organi pubblici o di qualsiasi terzo; e che l'adempimento effettivo di tali obblighi può in taluni casi richiedere l'intervento del diritto penale, nella forma della *criminalizzazione* delle condotte lesive del diritto, nonché nella *persecuzione e punizione* degli autori che non si siano lasciati intimidire dalla minaccia di pena contenuta nella legge.

Obblighi di criminalizzazione ed effettiva persecuzione sono, anzitutto, posti da varie convenzioni internazionali, le quali costituiscono a pieno titolo fonti – oltre che di *human rights law* – anche di diritto penale 'transnazionale' nel senso poc'anzi chiarito: non tanto perché abbiano a che fare con forme di criminalità transnazionale (le aggressioni ai diritti umani non costituenti al tempo stesso crimini internazionali sono per lo più confinate all'interno dei singoli ordinamenti), quanto perché impongono obblighi di conformazione della legislazione penale interna agli Stati firmatari. Lo *specificum* di queste convenzioni è la loro finalità di tutela dei diritti delle persone, attraverso l'impegno dell'intera comunità internazionale a combattere le relative aggressioni. Le stesse convenzioni in materia di schiavitù del 1926 e del 1956, antesignane del diritto penale transnazionale, ne costituiscono degli esempi; ma certamente un valore paradigmatico assume, in questa materia, la Convenzione ONU sulla tortura del 1984, che contiene all'art. 4 un puntuale obbligo di criminalizzazione (e di punizione con sanzioni che «tengano in conto la grave natura» dell'illecito) delle condotte analiticamente descritte nell'art. 1, chiarendo altresì la natura incondizionata del divieto e, dunque, l'inapplicabilità di eventuali cause di non punibilità (art. 2), così come il divieto di estradizione o di espulsione nei confronti di una persona rispetto alla quale esistano ragioni sostanziale per ritenere che sia esposta al pericolo di essere sottoposta a tortura (art. 3)⁴⁸.

⁴⁸ In seno alle Nazioni Unite, un ulteriore e più recente esempio di strumento pattizio re-

Numerose tra le già citate convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa e contenenti obblighi di criminalizzazione a carico degli Stati contraenti rispondono, del resto, alla medesima logica (così, ad esempio, quelle in materia di traffico di organi umani, di violenza contro le donne e violenza domestica, di tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali, e così via).

Obblighi di criminalizzazione sono altresì ricavati in via interpretativa dalla giurisprudenza delle Corti europea e interamericana dei diritti umani, unitamente ad obblighi cosiddetti 'procedurali' – e cioè di indagini sulle sospette violazioni, di arresto di chi sia individuato come responsabile, di persecuzione penale degli stessi, e poi, nel caso in cui l'ipotesi di accusa sia ritenuta provata, di condanna e di imposizione di una pena proporzionata alla gravità del fatto commesso.

Come ho altrove cercato più ampiamente di illustrare⁴⁹, la logica di queste giurisprudenze parallele è riconducibile all'idea guida dell'effettività della tutela dei diritti: una loro tutela non solo declamatoria, ma 'pratica ed effettiva', esige che gli organi dello Stato si attivino per prevenire le aggressioni contro i diritti riconosciuti dalle due convenzioni, e – una volta che l'aggressione si sia verificata – reagiscano prontamente alla stessa, individuando e punendo i responsabili. In relazione almeno ai diritti più fondamentali della persona (quali – *in primis* – la vita, il diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti, il diritto a non essere ridotti in schiavitù, il diritto alla inviolabilità sessuale), si ritiene che ciò sia possibile soltanto mediante gli strumenti coercitivi del *law enforcement* penale, e cioè con gli unici strumenti in grado di superare eventuali resistenze e mancate collaborazioni da parte dei sospetti autori e dei loro eventuali complici, magari altolocati.

Ma l'intervento delle agenzie di *law enforcement*, a sua volta, presuppone la previa criminalizzazione della condotta da parte del legislatore, e l'inesistenza di cause di non punibilità (concomitanti rispetto al fatto, come cause di giustificazione che rendano indebitamente lecito il fatto; ovvero soprav-

cante obblighi di criminalizzazione di condotte lesive dei diritti umani è fornito dalla Convenzione per la protezione delle persone dalla sparizione forzata, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2010 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/disappearance-convention.pdf>>.

⁴⁹ In particolare in F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2645 ss., cui rinvio anche per gli indispensabili riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza cui si fa cenno nel testo.

venute, come nel caso di amnistie o termini di prescrizione) in grado di paralizzare l'indagine. Inoltre, è verosimile che le giurisprudenze citate – così come il diritto internazionale pattizio a tutela dei diritti umani – considerino che soltanto la stigmatizzazione solenne della condotta lesiva del diritto, che si realizza mediante l'inflizione di una pena criminale, sia in grado di esprimere adeguatamente la riprovazione dell'ordinamento per quella condotta e, assieme, di ribadire la vigenza del diritto violato: e ciò nell'interesse, assieme, dell'intera collettività e della stessa vittima del reato – la quale, non a caso, è il soggetto processualmente titolato, nel sistema convenzionale di tutela dei diritti umani europeo e interamericano, a dolersi della mancata reazione dello Stato contro la commissione dell'illecito.

Emblematica delle dinamiche appena illustrate è la sentenza *Cestaro* della Corte EDU, relativa alle violenze compiute dalla polizia italiana nella scuola Diaz, a margine delle manifestazioni contro il G7 di Genova del 2001⁵⁰. La Corte anzitutto qualifica come vere e proprie torture queste violenze⁵¹, anche sulla base della definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU sulla tortura, e conseguentemente stigmatizza la violazione degli obblighi negativi discendenti dall'art. 3 CEDU in relazione alla condotta degli agenti di polizia, direttamente imputabile allo Stato italiano. Quindi la Corte passa a esaminare se l'Italia abbia altresì violato i propri obblighi positivi discendenti dalla medesima norma convenzionale: e segnatamente i propri obblighi 'procedurali' di assicurare un'adeguata reazione sanzionatoria ai comportamenti illeciti in questione, attraverso indagini tempestive ed efficaci, seguite dalla persecuzione e dalla punizione dei colpevoli. Anche sotto questo profilo la risposta è positiva. In materia di art. 3 CEDU, sottolineano i giudici europei, «the national courts should not under any circumstances be prepared to allow assaults on individuals' physical and moral integrity to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts»⁵². Non solo: la Corte ribadisce qui il proprio dovere, già evidenziato in un altro caso di tortura concernente la Germania⁵³, di verificare che la pena inflitta in concreto ai condannati per questi reati non sia manifestamente *sproporzionata per difetto* alla gravità

⁵⁰ Cestaro c. Italia, 7 aprile 2015.

⁵¹ Paragrafo 190 della sentenza.

⁵² Paragrafo 206 della sentenza.

⁵³ Gäfgen v Germany, sentenza 1° giugno 2010, paragrafo 123.

del reato⁵⁴. Peraltro, prosegue la Corte, una condizione preliminare perché questi obblighi siano adempiuti è che lo Stato sia dotato di norme penali che criminalizzino adeguatamente le condotte in parola: infatti, «[t]he absence of criminal legislation capable of preventing and effectively punishing the perpetrators of acts contrary to Article 3 can prevent the authorities from prosecuting violations of that fundamental value of democratic societies, assessing their gravity, imposing adequate penalties and precluding the implementation of any measure likely to weaken the penalty excessively, undermining its preventive and dissuasive effect»⁵⁵. Nel caso di specie, osserva la Corte, gli imputati erano stati individuati e rinviati a giudizio in esito a un'approfondita attività di indagine, che tuttavia era stata costretta ad operare sulla base di incriminazioni comuni, come le lesioni personali, la violenza privata, l'abuso d'ufficio: reati, tutti, soggetti a brevi termini di prescrizione, puntualmente decorsi durante i primi due gradi di giudizio. Un tale esito rappresenta di per sé, rispetto a fatti costituenti tortura ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani, una violazione degli obblighi di tutela discendenti dalla Convenzione, direttamente derivante dalla mancanza, nella legislazione italiana all'epoca dei fatti, di un autonomo delitto di tortura, adeguatamente sanzionato e non soggetto a termini di prescrizione tali da impedire la punizione di condotte come quelle in esame⁵⁶. Punizione che – prosegue la Corte – non può essere surrogata dal mero risarcimento, in sede civile, dei danni sofferti dalle vittime, la cui tutela resta incompleta in difetto di una condanna in sede penale degli autori del reato⁵⁷.

In conclusione, nella sentenza appena esaminata la Corte denuncia il problema *strutturale* nell'ordinamento italiano, rappresentato per l'appunto dall'assenza di una apposita norma incriminatrice della tortura; e invita l'Italia a introdurre una simile previsione, in conformità agli auspici reiteratamente formulati dal Comitato delle Nazioni Unite istituito dalla Convenzione sulla tortura e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, istituito in seno al Consiglio d'Europa sulla base della Convenzione europea in materia del 1987⁵⁸: previsione che di lì a poco sarà introdotta nel codice penale con il nuovo art. 613-*bis* c.p., ad opera della legge n. 110 del 2017.

⁵⁴ Cestaro, cit., paragrafo 207.

⁵⁵ Paragrafo 209 della sentenza, con citazioni della giurisprudenza precedente.

⁵⁶ Paragrafi 224-226 della sentenza.

⁵⁷ Paragrafi 229-235 della sentenza.

⁵⁸ Paragrafi 243-246 della sentenza.

I meccanismi di *enforcement* degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti interni sono di varia natura, e si basano soprattutto su strategie di *moral suasion* in grado però di esercitare notevoli pressioni sui governi e sui parlamenti nazionali, oltre che sulle rispettive giurisprudenze. Alcune convenzioni prevedono l'istituzione di organismi *ad hoc* che effettuano, secondo le prassi caratteristiche del diritto penale sovranazionale poc'anzi rammentate, periodiche valutazioni, corredate da specifiche raccomandazioni, sul grado di implementazione degli obblighi convenzionali e di effettiva *compliance* con gli stessi da parte delle autorità nazionali di ciascuno Stato parte.

Di grande rilievo in questo senso è, ad esempio, il ruolo svolto dall'appena menzionato Comitato europeo per la prevenzione della tortura, il cui raggio di azione abbraccia non solo le pratiche costituenti tortura, ma anche le condizioni carcerarie e più in generale il trattamento di tutte le persone per qualsiasi ragione private della libertà⁵⁹. Quanto poi alla Corte EDU, la supervisione dell'esecuzione delle sue sentenze che accertino la violazione da parte degli Stati dei propri obblighi convenzionali – e che, se del caso, individuano specifiche misure a carattere individuale o generale per porre fine alla violazione accertata, e per prevenirne ulteriori – è affidata al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che esercita pressioni politiche significative sui singoli Stati per assicurare non solo il puntuale pagamento degli indennizzi assegnati ai ricorrenti, ma anche l'adeguamento del diritto nazionale per conformarsi alle pronunce della Corte⁶⁰.

Anche grazie a questi meccanismi, l'influenza sul sistema penale italiano del diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte EDU, è stata via via crescente negli ultimi decenni. Già negli anni ottanta la sentenza *Guzzardi* aveva indotto il legislatore a eliminare, dal novero delle misure di prevenzione, l'antico 'confinio' di polizia⁶¹; e l'art. 2 della legge n. 81 del 1987, nel delegare il Governo a emanare il nuovo codice di procedura penale, già aveva indicato quale primo criterio di delega l'attuazione dei principi della Costituzione e l'adeguamento «alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai di-

⁵⁹ Cfr. <<https://www.coe.int/it/web/cpt/home>>, nonché l'ultimo rapporto concernente l'Italia, pubblicato il 24 marzo 2023, in <<https://www.coe.int/it/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-cpt-publishes-report-on-its-2022-periodic-visit-to-italy>>.

⁶⁰ Informazioni dettagliate in materia, anche rispetto alla situazione dei singoli Stati, in <<https://www.coe.int/en/web/execution>>.

⁶¹ *Guzzardi c. Italia*, sentenza 6 novembre 1980.

ritti della persona e al processo penale», con implicito riferimento – in particolare – al Patto sui diritti civili e politici e alla stessa Convenzione europea. Ma l’influenza sulla legislazione della giurisprudenza della Corte europea diviene vieppiù evidente a cavallo del nuovo millennio.

La riforma dell’art. 111 Cost. del 1999, per cominciare, è dichiaratamente volta ad allineare le nostre previsioni costituzionali in materia processuale all’art. 6 CEDU e alla giurisprudenza relativa; e il terzo comma della nuova disposizione, riprende pressoché testualmente le formulazioni contenute nella previsione convenzionale in materia di processo penale.

Nei due decenni successivi, una serie di riforme legislative si susseguono per recepire le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Tra le altre:

- la legge Pinto (n. 89 del 2001), che assicura equa riparazione per i casi di violazione del diritto a un termine ragionevole di durata dei processi;
- la riforma dell’art. 175 c.p.p. ad opera della legge n. 17 del 2015, in materia di restituzione in termini per l’impugnazione delle sentenze contumaciali, concepito come risposta ai problemi strutturali denunciati l’anno precedente dalla Corte EDU nella sentenza *Sejdovic*⁶²;
- il definitivo superamento del processo in contumacia, sostituito dalla nuova disciplina del processo in assenza, configurato sulla base delle indicazioni deducibili dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia ad opera della legge n. 67 del 2014 e, da ultimo, del d. lgs. n. 150 del 2022;
- l’introduzione di un rimedio risarcitorio per la violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti in conseguenza di sovraffollamento carcerario, ad opera del nuovo art. 35-ter ord. pen., introdotto dal d.l. n. 92 del 2014 come convertito dalla l. n. 117 del 2014;
- l’introduzione della citata norma incriminatrice della tortura, nel 2017;
- l’introduzione, all’art. 628-bis c.p.p., di uno specifico rimedio per l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della CEDU o dei suoi protocolli, ad opera del d. lgs. n. 150 del 2022.

Accanto alla legislazione, un motore fondamentale per l’adeguamento del sistema penale italiano agli standard di tutela dei diritti umani fissati in sede internazionale – e in particolare dalla giurisprudenza della Corte EDU – è poi rappresentato dalla giurisprudenza, comune e costituzionale⁶³.

Quanto alla prima, lo strumento principe in tal senso è rappresentato

⁶² *Sejdovic c. Italia*, sentenza 10 novembre 2004.

⁶³ Sul tema, cfr. più ampiamente, volendo, F. VIGANÒ, *L’impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), cit., 28 ss.

dall'interpretazione conforme: ossia dall'obbligo a carico del giudice comune – affermato in questi termini dalla Corte costituzionale nelle sentenze 'gemelle' n. 348 e 349 del 2007 – di optare, tra più interpretazioni consentite dal testo normativo, per quella che consenta di evitare violazione dei diritti umani.

Quanto alla seconda, basti qui rammentare due meccanismi fondamentali, con i quali è stato attribuito negli ultimi quindici anni ampio rilievo alla giurisprudenza della Corte EDU e in generale alle fonti internazionali in materia di diritti umani quale parametro 'sostanziale' di legittimità costituzionale delle leggi: da un lato, la considerazione degli obblighi internazionali come parametri 'interposti' ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., sancita dalle medesime sentenze gemelle; dall'altro, l'ampia utilizzazione dei tali obblighi nell'interpretazione delle stesse norme costituzionali, sempre più spesso lette in modo che il loro contenuto 'armonizzi', ed anzi coincida, con quello espresso dalle norme internazionali che tutelano i medesimi diritti. Il primo meccanismo ha condotto, ad esempio, alla (parziale) dichiarazione di illegittimità costituzionale di ormai numerose norme in vario modo afferenti al sistema penale in ragione del loro contrasto diretto con parametri interposti internazionali, considerati isolatamente o in combinazione con parametri interni⁶⁴; il secondo è stato largamente utilizzato a supporto di sentenze di accoglimento fondate esclusivamente su parametri interni, il cui contenuto è stato però ricostruito (anche) alla luce degli obblighi internazionali in materia di diritti umani, che spesso hanno – anzi –

⁶⁴ Cfr., ad es., C. cost., sent. 4 novembre 2009 n. 317 (in relazione all'art. 6 Cedu); C. cost., sent. 12 marzo 2010 n. 93 (in relazione all'art. 6 Cedu); C. cost., sent. 4 giugno 2010 n. 196 (in relazione all'art. 7 Cedu); C. cost., sent. 4 aprile 2011 n. 113 (in relazione all'art. 46 Cedu); C. cost., sent. 18 luglio 2013 n. 210 (in relazione agli artt. 6 e 7 Cedu); sent. n. 135/2014, 97/2015, 106/2015, 184/2015 (tutte in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 200/2016 (in relazione all'art. 4 prot. 7 Cedu); sent. n. 223/2018 e n. 25/2019 (entrambe in relazione all'art. 7 Cedu); sent. n. 34/2019 (in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 99/2019 (in relazione all'art. 3 Cedu); sent. n. 169/2019 (in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu); sent. n. 150/2021 (in relazione all'art. 10 Cedu); sent. n. 175/2021 (in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu); sent. 149/2022 (in relazione all'art. 4 prot. 7 Cedu). Nella contigua materia degli illeciti amministrativi di natura 'punitiva', si vedano altresì C. cost., sent. n. 63/2019 (in relazione all'art. 7 Cedu); sent. 112/2019 (in relazione all'art. 1 prot. add. Cedu); sent. 84/2021 (in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 185/2021 (in relazione all'art. 1 prot. add. Cedu). In materia di misure di prevenzione, si veda poi la sent. n. 24/2019 (in relazione all'art. 2 prot. 4 Cedu e all'art. 1 prot. add. Cedu).

rivestito un ruolo decisivo nell'economia complessiva della decisione⁶⁵.

In definitiva, il diritto internazionale dei diritti umani – complessivamente considerato – è divenuto ormai un fattore fondamentale di conformazione del nostro sistema penale. Il parlamento nazionale non resta, con ciò, espropriato dei suoi compiti, né il suo ruolo può ritenersi superfluo; ché, anzi, l'intervento del legislatore resta per lo più necessario per adeguare appieno il sistema agli standard di tutela dei diritti umani fissati a livello internazionale – e ciò anche dopo gli interventi ablativi o sostitutivi della Corte costituzionale, che possono offrire soltanto rimedi puntuali a singole lacune di tutela, ma sono strutturalmente incapaci di fornire quelle organiche discipline che sarebbero, invece, spesso necessarie per realizzare una piena armonizzazione del sistema a quegli standard. Ma, certo, l'idea che il legislatore nazionale – e in specie parlamentare – sia il vero e definitivo arbitro della materia penale si conferma, anche qui, del tutto inadeguata rispetto alla realtà.

3.4. *Il diritto penale dell'Unione europea*

Il quarto e ultimo vettore di rottura del tradizionale paradigma statocentrico e nazionale del diritto penale è rappresentato, per il nostro paese e per gli altri ventisei Stati membri, dal diritto dell'Unione europea.

L'influenza del diritto UE, e in precedenza del diritto comunitario, sul diritto penale e sul processo penale è stata oggetto ormai di innumerevoli studi presso la dottrina italiana, sì che basteranno qui pochi cenni per completare il quadro sin qui tracciato.

Anche rispetto al diritto dell'Unione conviene subito anticipare che – come si è visto per il diritto internazionale dei diritti umani – la sua influenza può operare in chiave *limitativa* ovvero, come ormai sempre più spesso avviene, *espansiva* della potestà punitiva⁶⁶.

Storicamente, la direzione *limitativa* della potestà punitiva è quella che si evidenzia per prima, rispetto a un *corpus* normativo – quello del diritto primario e derivato fondato sui trattati istitutivi delle vecchie Comunità – al quale non si riconosceva *ex professo* alcuna competenza in materia penale.

⁶⁵ Cfr., *ex multis*, con riferimento alle norme della Convenzione europea e alla giurisprudenza pertinente di Strasburgo, C. cost., sent. n. 242 del 2019, n. 32 del 2020 e n. 18 del 2022; con riferimento ad altre fonti pattizie in materia di diritti umani, sent. n. 203 del 2020 (Convenzione sui diritti del fanciullo) e n. 111 del 2023 (Patto internazionale dei diritti civili e politici)

⁶⁶ Per un perspicuo quadro d'insieme, cfr. *ex multis* J. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Napoli, 2014, 14 ss.

Le libertà riconosciute dai trattati, e in generale i diritti riconosciuti ai singoli dalle fonti di diritto derivato, possono in effetti entrare in conflitto con norme incriminatrici statali, e su di esse prevalere: con la conseguenza, imposta dal combinarsi dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario, dell'obbligo, a carico del giudice comune, di disapplicare la norma incriminatrice nel caso concreto⁶⁷: ciò che determina, nei fatti, una riduzione, o addirittura un annullamento, del suo ambito applicativo.

Già nell'epoca pre-Maastricht la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva, peraltro, riconosciuto l'esistenza di *obblighi impliciti*, a carico degli Stati membri, di *criminalizzazione* e di effettiva persecuzione di condotte lesive degli interessi finanziari delle Comunità, in applicazione – in particolare – del principio di equivalenza, per cui ciascuno Stato membro è tenuto ad assicurare a tali interessi la medesima protezione assicurata ai propri interessi finanziari; con la conseguenza che, ogniqualvolta nell'ordinamento domestico siano previste sanzioni penali a tutela di questi ultimi, le medesime sanzioni debbono essere estese anche agli interessi comunitari corrispondenti⁶⁸.

La prima decisa accelerazione si verifica, però, con la nascita dell'Unione europea. In particolare, il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993, dedica il proprio 'terzo pilastro' alla cooperazione in materia di giustizia e affari interni, e dunque anche di cooperazione giudiziaria e di polizia e di diritto penale sostanziale.

In questo nuovo quadro istituzionale – per il vero ancora basato sull'idea di una collaborazione meramente intergovernativa – si colloca, negli anni Novanta, la stipula di una serie di convenzioni in queste materie⁶⁹, che del resto si ponevano su una linea di sostanziale continuità con talune importanti disposizioni già contenute nelle due Convenzioni di Schengen del 1985 e del 1990. Da tutte queste convenzioni discendevano importanti obblighi conformativi dei sistemi penali interni a carico degli Stati membri aderenti alle singole convenzioni, secondo i moduli caratteristici – poc'anzi esaminati

⁶⁷ Per un esempio recente che concerne il nostro Paese, cfr. Corte di giustizia, sentenza 28 aprile 2011, in causa C-61/11 PRU, El Dridi.

⁶⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 settembre 1989, in causa 68/88, Commissione contro Repubblica ellenica, paragrafi 22-28.

⁶⁹ Come la Convenzione del 1995 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea e i suoi protocolli del 1996, entrati in vigore nel 2002, nonché la Convenzione del 2000 sull'assistenza reciproca in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e il suo protocollo addizionale del 2001.

– del diritto penale transnazionale: con la peculiarità che alcune di queste convenzioni (come la convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione e i relativi protocolli) riconoscevano espressamente alla Corte di giustizia il potere di pronunciarsi sull’interpretazione delle sue clausole.

In seguito poi all’entrata in vigore – nel 1999 – del Trattato di Amsterdam, allo strumento tradizionale della convenzione fu gradualmente sostituito quello della *decisione quadro*: strumento, quest’ultimo, approvato all’unanimità dal Consiglio su mero parere del Parlamento europeo, e dunque ancora pienamente partecipe della fisionomia intergovernativa propria del terzo pilastro dell’Unione, ma produttivo di obblighi di trasposizione a carico degli Stati membri già a partire dalla sua adozione, senza la necessità di una sua ratifica da parte dei parlamenti nazionali.

Nel primo decennio del nuovo millennio furono così adottate numerose decisioni quadro che stabilivano (e in parte ancora stabiliscono) obblighi di conformazione del sistema penale degli Stati membri assai incisivi: tanto in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia, quanto di diritto penale sostanziale. Rispetto alla prima tipologia, l’esempio più significativo è certamente rappresentato dalla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d’arresto europeo, poi modificata nel 2008, la quale rappresenta la prima concretizzazione del nuovo approccio, sancito dal Consiglio europeo di Tampere, fondato sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, a sua volta basato sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al rispetto dei diritti fondamentali in ciascuno Stato membro. Quanto poi al diritto penale sostanziale, sono questi gli anni in cui si è formato il ‘nocciolo duro’ del diritto penale dell’Unione: comprendente una serie di obblighi di criminalizzazione delle più diverse condotte criminose – dal traffico di esseri umani al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, ai reati in materia di terrorismo, stupefacenti, falsificazione di monete, xenofobia e negazionismo, e molte altre ancora –, accomunate lattamente dalla loro tipica natura transnazionale; obblighi di criminalizzazione corredati di specifiche indicazioni non solo sui requisiti costitutivi delle fattispecie da sottoporre a sanzione, ma anche sulla tipologia e sull’entità delle pene da comminare (quanto meno con riferimento al massimo edittale), nonché alla necessaria previsione di forme di responsabilità (sia pure non necessariamente di natura penale) di responsabilità da reato delle persone giuridiche.

La seconda accelerazione è poi rappresentata dall’entrata in vigore, nel 2009, del Trattato di Lisbona, a seguito del quale – sparita ormai la divisione tra pilastri – la procedura e il diritto penale entrano a pieno titolo tra le competenze dell’Unione.

Quanto alla *procedura penale*, l'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) attribuisce congiuntamente al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza non solo per adottare misure in materia di cooperazione giudiziaria⁷⁰ (paragrafo 1), ma anche di adottare *direttive* secondo la procedura legislativa ordinaria c.d. di codecisione di Consiglio e Parlamento in materie che comprendono i «diritti della persona nella procedura penale», i «diritti delle vittime della criminalità» e, eventualmente, «altri elementi specifici della procedura penale» individuati mediante una decisione adottata all'unanimità dal Consiglio previa approvazione del Parlamento (paragrafo 2). Sulla base di tale disposizione sono ormai state adottate varie direttive che sanciscono diritti dell'imputato⁷¹ o delle vittime⁷² nei processi penali degli Stati membri, all'evidente scopo di assicurare nell'intero spazio giuridico dell'Unione un livello minimo uniforme di tutela dei diritti fondamentali di questi soggetti processuali, così corroborando quella fiducia reciproca su cui si fonda il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che è a sua volta l'ossatura del sistema di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Sulla base dell'art. 86 TFUE, inoltre, il regolamento 2017/1939/UE – frutto di una cooperazione rafforzata tra la più parte degli Stati membri – ha dato vita alla Procura europea, divenuta operativa nel 2021: organo dell'Unione competente per le indagini e la persecuzione, davanti alle singole giurisdizioni nazionali, degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione così come definiti dalla parallela direttiva (UE) 2017/1371.

Quanto al *diritto penale sostanziale*, dal 2009 a oggi la gran parte delle decisioni quadro miranti all'armonizzazione di incriminazioni sono state sostituite con altrettante direttive ai sensi dell'art. 83 TFUE, che attribuisce al Parlamento e al Consiglio la competenza a stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» per il contrasto a una serie

⁷⁰ Come la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale.

⁷¹ Cfr. la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; la direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale; la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo; la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati; la direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati.

⁷² Cfr. la direttiva 2012/29/UE, che sostituisce la decisione quadro previgente sulla medesima materia.

reati «che presentano una dimensione transnazionale» (paragrafo 1)⁷³, ovvero nei casi in cui il ravvicinamento delle disposizioni penali degli Stati membri si riveli «indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione che è stata oggetto di misure di armonizzazione» (paragrafo 2)⁷⁴.

Gli obblighi discendenti da tutti questi strumenti riprendono spesso, nei rispettivi contenuti, obblighi stabiliti da strumenti di diritto internazionale vincolanti a vario titolo sugli Stati membri dell'Unione. Così, le direttive sui diritti dell'imputato nei procedimenti penali essenzialmente cristallizzano, a volte arricchendola e precisandola nei dettagli, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, cui le istituzioni dell'Unione sono del resto vincolati per effetto dell'art. 6, paragrafo 1, TUE e dell'art. 53, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali. Dal canto loro, gli obblighi contenuti nelle direttive aventi a oggetto l'armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri derivano spesso da corrispondenti obblighi già fissati da convenzioni di diritto penale transnazionale: a volte riprendendone pedissequamente il dato letterale, a volte spingendosi oltre nella fissazione di più precisi obblighi di conformazione.

Ciò che muta, però, rispetto al quadro preesistente di diritto internazionale dei diritti umani e di diritto transnazionale poc'anzi esaminato è,

⁷³ Cfr. la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; la direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; la Direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione; la direttiva 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione; la direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo; la direttiva (UE) 2019/713 del 17 aprile 2019 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.

⁷⁴ Cfr. la direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato e la direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (c.d. direttiva PIF). A tali strumenti debbono essere assimilati le direttive adottate immediatamente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, all'interno delle competenze del diritto comunitario, già avevano sancito – sulla base di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nelle sentenze 13 settembre 2005 in causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, e 23 ottobre 2007 in causa C-440/05, Commissione c. Consiglio – obblighi di criminalizzazione a carico degli Stati membri: cfr. la direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente e la direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi.

da un lato, il procedimento di formazione, e dall'altro il meccanismo istituzionale di *enforcement* di questi obblighi.

Circa il primo profilo, va in particolare sottolineato che l'adozione di direttive ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE avviene di regola con il procedimento legislativo ordinario di cui all'art. 294 TFUE: e dunque con il consenso della maggioranza dei membri del Parlamento europeo e di una maggioranza qualificata in seno al Consiglio, in esito a un complesso procedimento che prevede (ai sensi dell'art. 6 del Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà) il coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Questi ultimi hanno, peraltro, la mera possibilità di esprimere un parere negativo sulla conformità della proposta al principio di sussidiarietà, contestando dunque la necessità di una regolamentazione della materia a livello europeo. Ciò comporta che – a differenza di quanto accade nel diritto penale transnazionale, e di quanto ancora accadeva nel terzo pilastro ai sensi dei Trattati di Maastricht e Lisbona – gli strumenti normativi che impongono allo Stato membro obblighi di conformazione del sistema penale possono essere approvati anche contro la volontà dello Stato medesimo, espresso mediante un voto di minoranza in seno al Parlamento europeo e al Consiglio; con la sola possibilità residua, per lo Stato dissenziente, di azionare durante il procedimento legislativo il cosiddetto 'freno di emergenza' di cui agli artt. 82, paragrafo 3, e 83, paragrafo 3, TFUE, previsto per i casi in cui lo Stato ritenga che un progetto di direttiva «incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»: un freno – peraltro mai utilizzato sinora⁷⁵ – in grado di paralizzare l'adozione dell'atto, che può divenire a questo punto oggetto di una cooperazione rafforzata realizzata da una parte degli Stati membri.

Le direttive emanate ai sensi degli artt. 82 e 83 non intendono introdurre norme direttamente applicabili dalle giurisdizioni nazionali (anche se un effetto diretto di talune disposizioni delle direttive che riconoscono diritti processuali all'imputato non può *a priori* essere escluso), ma semplicemente porre obblighi destinati a essere trasposti ad opera dei parlamenti nazionali, i quali sono vincolati soltanto ai risultati da ottenere. Peraltro, il grado di dettaglio di molte di queste direttive di fatto svuota in larga misura il ruolo dei parlamenti nazionali, specie nella individuazione delle condotte da sottoporre a sanzione penale (tenendo conto anche delle indicazioni che le di-

⁷⁵ Si veda, sul punto, la recente analisi di K. ÖBERG, *Exit, voice and consensus – A legal and political analysis of the Emergency brake in the EU criminal policy*, in *European Law Blog*, 11 ottobre 2021 <<https://europeanlawblog.eu/2021/10/11/exit-voice-and-consensus-a-legal-and-political-analysis-of-the-emergency-brake-in-eu-criminal-policy/>>.

rettive forniscono in materia di qualità e quantità delle pene da comminare).

L'effettiva *compliance* degli Stati è garantita, da un lato, dalla possibilità che la Commissione convenga lo Stato inadempiente, o solo parzialmente adempiente, in un procedimento di infrazione davanti alla Corte di giustizia – possibilità, questa, che dal 2014 è estesa, in forza dell'art. 10 del Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona, anche agli obblighi derivanti dalle vecchie decisioni quadro che siano rimasti ancora inadempiti –; e, dall'altro, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, dalla possibilità che le norme di talune direttive (specie in materia processuale) siano invocate di fronte alla Corte costituzionale come parametri interposti ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. nel giudizio di legittimità di leggi nazionali non conformi alle direttive medesime. Restando ferma, soltanto, l'impossibilità di invocare avanti alla Corte costituzionale le norme che fissino obblighi di criminalizzazione che il legislatore abbia lasciato inadempiti, in ragione dello sbarramento alle questioni *in malam partem* in materia penale sinora opposto dalla giurisprudenza della Corte sulla base dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Un ruolo crescente, e di cruciale importanza nella materia penale e processuale penale, si prospetta poi per la *Carta dei diritti fondamentali*, cui il trattato di Lisbona ha attribuito la medesima forza giuridica dei trattati. I diritti da essa riconosciuti corrispondono in larga misura a quelli sanciti dalla CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ne fissa il contenuto minimo ai sensi del già menzionato art. 52, paragrafo 3, della Carta, senza pregiudizio per la possibilità che in seno all'Unione si riconosca a tali diritti (o a quelli che non trovino corrispondenza puntuale nella Convenzione) un livello di tutela più elevato. Ben diversa è però la capacità delle norme della Carta, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di imporsi come vincolanti negli Stati membri: la loro natura di norme primarie del diritto dell'Unione le rende infatti idonee a produrre effetti diretti negli ordinamenti domestici, e a essere ivi direttamente applicate dai giudici comuni, anche previa disapplicazione delle norme interne contrastanti. Nell'ordinamento italiano, d'altra parte, la Corte costituzionale – a partire dal noto *obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 – considera anche le norme della Carta quali parametri interposti nei giudizi costituzionalità aventi ad oggetto la compatibilità di leggi nazionali con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. Da tutto ciò deriva che le norme della Carta ben possono essere utilizzate per invalidare scelte legislative nazionali ritenute incompatibili con i diritti da essa sanciti, nell'estensione stabilite a livello europeo – in ultima analisi – dall'opera congiunta della Corte europea e della

Corte di giustizia, quest'ultima sollecitata anche dalle corti nazionali attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale⁷⁶.

Un esempio particolarmente significativo a questo riguardo è rappresentato dal principio di proporzionalità della pena, proclamato dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta, del quale la recente giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto l'effetto diretto negli ordinamenti nazionali⁷⁷: attribuendo così direttamente ai giudici comuni degli Stati membri il compito di verificare, nell'ambito sempre più vasto di applicazione del diritto UE (segnato, in quest'ambito, dall'effettivo esercizio delle competenze in materia di armonizzazione dei precetti penali), la compatibilità con tale principio delle scelte sanzionatorie compiute dal legislatore nazionale, se del caso disapplicando, in tutto o in parte, le cornici sanzionatorie ritenute sproporzionate⁷⁸.

4. *Che cosa resta del vecchio diritto penale 'nazionale'?*

Proviamo, dopo questo lungo viaggio, a tirare qualche somma, in forma assai più sintetica.

(a) Sul piano del diritto penale sostanziale, oggi le *scelte di criminalizzazione* e la *definizione delle fattispecie astratte* hanno cessato di essere una prerogativa del legislatore nazionale.

Quali debbano essere le condotte vietate dalla legge penale – nonché come e quanto tali condotte debbano essere punite – viene sempre più deciso a livello sovranazionale, in *fora* diversi dai parlamenti nazionali. Tali decisioni si traducono in obblighi di criminalizzazione (e più in generale di conformazione dei diritti penali nazionale), ovvero in raccomandazioni in tal senso, che i parlamenti nazionali sono chiamati – o, rispettivamente, invitati – a tradurre in norme di legge direttamente vincolanti per i consociati, attraverso atti di 'esecuzione' (o, nel linguaggio, dell'Unione europea, di

⁷⁶ Per ulteriori approfondimenti sul punto, F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), cit., 33 s.

⁷⁷ Sentenza 8 marzo 2022, NE, in causa C-205/20.

⁷⁸ Sulla portata di tale sentenza e il suo impatto nel nostro ordinamento, si consenta qui semplicemente il rinvio a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022.

‘trasposizione’) di quegli obblighi o raccomandazione nell’ordinamento domestico. Atti il cui contenuto è, tuttavia, in larga misura predeterminato dagli obblighi sovranazionale che ne stanno alla base.

(b) I parlamenti nazionali conservano, generalmente, l’ultima parola, nel senso che ad essi spetta la decisione finale se eseguire, o trasportare, questi obblighi e raccomandazioni nell’ordinamento nazionale. Il che continua a essere decisivo dal punto di vista dei consociati, che di regola sono vincolati soltanto dalla legge penale nazionale, e non dall’obbligo sovranazionale, che di per sé non è suscettibile di diretta applicazione da parte dei giudici penali (i quali hanno, al più, la possibilità di utilizzare le norme sovranazionali di riferimento come strumenti orientativi dell’interpretazione delle norme penali che ne sono ‘figlie’).

Ma almeno due precisazioni si impongono, a questo proposito.

La prima è che tutto ciò non vale per le norme di diritto penale internazionale, che sono invece direttamente vincolanti per i consociati e ad essi direttamente applicabili da parte delle giurisdizioni penali internazionali, senza necessità di alcuna mediazione da parte dei legislatori nazionali – che entrano in scena, in questo contesto, soltanto allorché decidano di dotarsi di norme penali interne corrispondenti a quelle internazionali, sì da poter esercitare essi stessi la propria giurisdizione rispetto ai crimini internazionali. E, in futuro, ciò potrebbe non valere nemmeno rispetto al diritto dell’Unione europea, al quale una parte della dottrina già riconosce una – per il vero mai esercitata sinora – competenza ad adottare, attraverso regolamenti, norme penali immediatamente vincolanti per i cittadini, e direttamente applicabili nei loro confronti⁷⁹.

La seconda, forse di ancora maggior rilievo, è che la stessa facoltà del legislatore nazionale di non eseguire l’obbligo internazionale è, in pratica, fortemente limitata dagli strumenti di cui dispone l’organizzazione o istituzione internazionale che ha posto in essere l’obbligo per assicurarne l’*enforcement*. Strumenti che – come abbiamo visto – variano dalla *moral suasion* e le pressioni politiche tipiche dell’ambito del diritto penale transnazionale, sino a giungere – nell’ambito dell’Unione europea – alla possibilità, tutt’altro che teorica, di una procedura di infrazione nel caso di omessa o inesatta trasposizione. E ciò, si noti, anche rispetto a obblighi fissati da direttive rispetto alle quali lo Stato membro abbia espresso il proprio dissenso in seno al Parlamento europeo e al Consiglio, senza peraltro attivare il ‘freno di emergenza’ che gli avrebbe consentito di bloccare l’adozione della direttiva.

⁷⁹ H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2^a ed., Monaco 2018, 64 ss.

(c) La duplice funzione del *diritto internazionale dei diritti umani* di *limite e*, per così dire, di *motore* del diritto penale sostanziale, e assieme la sua funzione di 'conformatore' del diritto processuale penale, si attuano anch'essa senza la necessaria mediazione del legislatore nazionale. Gli obblighi relativi sono, infatti, enucleati soprattutto dalla giurisprudenza di corti internazionali (in Europa, dalla Corte EDU e dalla stessa Corte di giustizia UE), e di qui si impongono direttamente agli ordinamenti nazionali, vincolandone tutti gli organi e poteri; così come, nell'ambito dell'Unione europea, si impongono agli Stati membri gli obblighi di tutela dei diritti delle parti processuali sanciti dalle direttive europee adottate ai sensi dell'art. 82, paragrafo 2, TFUE.

I legislatori degli Stati membri conservano, certo, un ruolo importante, come attori principali nell'opera di adeguamento del diritto interno a quegli obblighi, alla cui elaborazione non partecipano – o partecipano in misura marginale, come nel caso delle direttive UE –, dal momento che solo il legislatore possiede la necessaria visione d'assieme e gli strumenti per intervenire sul sistema sostanziale o processuale in maniera armonica e non squilibrata. Tuttavia, in assenza dell'intervento del legislatore, o in caso di intervento non adeguato, il rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani può, in larga misura almeno, essere assicurato dalla giurisprudenza costituzionale – attraverso pronunce con efficacia *erga omnes* – o dalla stessa giurisprudenza comune, attraverso il duttile strumento dell'interpretazione conforme o – quanto meno nell'ambito di applicazione delle norme della Carta aventi effetto diretto – della diretta applicazione dell'obbligo sovranazionale, e della contestuale disapplicazione della norma di legge nazionale contrastante.

(d) Infine, le autorità giudiziarie nazionali conservano ancor oggi – di regola – la *gestione delle indagini e del processo penale* per i reati commessi nell'ambito della rispettiva giurisdizione. Ma, anche qui, il quadro è ormai molto più complesso di come appaia a prima vista.

Anzitutto, è ormai stabilmente radicata una *giurisdizione penale internazionale* per i crimini internazionali, che di per sé ha posto in crisi l'idea – ereditata dalla tradizione inglese e poi degli Stati assoluti in Europa – dello *ius puniendi* come proiezione della sovranità nazionale.

Ma anche nella gestione dei reati 'ordinari', le autorità penali nazionali devono sempre più spesso *cooperare con autorità giudiziarie di altri Stati*, nel contrastare una criminalità dalle dimensioni sempre più sovranazionali, utilizzando in maniera crescente gli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia elaborati nell'ambito del diritto penale transnazionale e, soprat-

tutto, del diritto dell'Unione europea. Al tempo stesso, l'esercizio concreto della giurisdizione nazionale deve fare i conti, almeno nell'ambito dell'Unione, con lo sbarramento del *ne bis in idem*, introdotto dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, e oggi consacrato dall'art. 50 della Carta, in forza del quale nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale sia stato già giudicato dalla giurisdizione di un altro Stato membro. Un principio, quest'ultimo, suscettibile nel caso concreto di paralizzare la giurisdizione nazionale anche rispetto a fatti che sarebbero punibili secondo il diritto interno, e in particolare in base alle norme che disciplinano l'applicabilità del diritto penale nazionale nello spazio.

Il recentissimo avvio dell'attività della Procura europea segna poi un ulteriore, significativo momento di svolta, caratterizzato dall'attribuzione a un'istituzione dell'Unione – del tutto autonoma rispetto agli Stati membri – della competenza a svolgere indagini e a promuovere l'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali per una serie di reati che offendono interessi dell'Unione, e che frequentemente vengono commessi su scala transnazionale. Il cammino verso una giurisdizione penale diretta dell'Unione è, con tutto ciò, ancora lungo, e certamente in salita: ma una simile prospettiva, che ancora alla fine del secolo scorso appariva del tutto irrealistica⁸⁰, lo è oggi assai meno.

5. *Qualche considerazione conclusiva*

Da tutto quanto precede trova ampia conferma, mi pare, la valutazione di partenza, espressa anche dal titolo di questo contributo: il penale 'dello Stato' si sta trasformando, e a gran velocità, in un penale 'sovranzionale'.

Come valutare questa realtà, e come reagirvi? È compatibile questo processo con l'insieme dei principi costituzionali (nazionali!) in materia penale, e in particolare con la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. per ciò che concerne la definizione dei fatti penalmente sanzionati, e con quella generale in materia processuale posta dall'art. 111, primo comma, Cost.?

⁸⁰ Tanto che persino l'allora visionario progetto di *Corpus Iuris* elaborato da una commissione presieduta da Mireille Delmas-Marty nel 1996 prevedeva, bensì, l'istituzione di una Procura europea per la persecuzione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione definiti nello stesso *Corpus Iuris*, ma continuava ad affidarsi alle penali giurisdizioni nazionali per i relativi giudizi.

Prima di provare a rispondere, in modo poco più che abbozzato, a queste domande, credo che sia opportuno tenere ben presente, sullo sfondo, un paio di dati che dovrebbero a mio avviso costituire lo sfondo di ogni possibile riflessione.

Il primo attiene alla progressiva emersione, dal secondo dopoguerra a oggi, del diritto penale internazionale come reazione contro crimini che offendono, su scala massiva, i più elementari diritti della persona, nel quadro per lo più di programmi politici con il diretto coinvolgimento dello Stato: che di volta in volta realizza tali crimini attraverso le proprie forze militari o paramilitari, ovvero li incoraggia o comunque li sostiene. L'idea di fondo del diritto penale internazionale è che contro questi crimini occorre qualcosa di più e di diverso dalla (improbabile, per molte intuibili ragioni) reazione dello stesso Stato nell'ambito del quale essi sono stati commessi: ed occorre, in particolare, una giurisdizione internazionale che applichi norme riconosciute come vigenti dall'intera comunità internazionale, indipendentemente dalla loro corrispondenza alle norme in vigore nello Stato nel quale i crimini hanno avuto luogo. L'idea è, dunque, quella di un diritto penale concepito programmaticamente come un diritto penale 'senza Stato', in cui alle norme e alla giurisdizione statale si sostituiscano norme e una giurisdizione della comunità internazionale. Nonostante tutte i dilemmi in cui si dibatte, oggi, il diritto penale internazionale, e le non sempre ingiustificate critiche che si muovono contro l'attuale Corte penale internazionale, a me pare che queste idee di fondo meritino di continuare a essere difese e sostenute: i governanti di tutto il mondo debbono sapere che, domani, potranno rispondere davanti alla comunità internazionale dei crimini *iuris gentium* da loro commessi, ordinati o colpevolmente tollerati.

Il secondo dato, che riguarda invece la criminalità 'comune', attiene al suo carattere sempre più transnazionale. I fattori che hanno favorito questo fenomeno sono ben noti, alcuni dei quali assai banali: tra gli altri, l'aumento esponenziale del traffico aereo negli ultimi decenni, che consente oggi spostamenti rapidissimi – e relativamente economici – tra un continente e l'altro; il diffondersi di mezzi di pagamenti elettronico, che consentono parimenti la movimentazione immediata di capitali da un continente all'altro; l'abbattimento delle frontiere europee (e dei relativi controlli) realizzato dai trattati di Schengen, che ha fornito possibilità di movimento dei criminali (nonché di beni oggetto di reato o strumentali rispetto alla loro esecuzione, oltre che dei capitali derivati dalla commissione dei reati) sino a quel momento del tutto ignote; il proliferare, ben oltre l'area del mercato comune europeo, di trattati di libero commercio, con il relativo affievolimento dei controlli di frontiera; la conclusione della guerra fredda, che in un lasso

di tempo rapidissimo ha abbattuto altre, e sino a quel momento, impenetrabili frontiere, spalancando nuove opportunità criminali in mercati ‘vergini’ e ancora relativamente poco attrezzati al contrasto della criminalità da profitto; e, soprattutto, l’avvento di internet, divenuto nello spazio di pochissimi anni un gigantesco spazio virtuale nel quale i reati vengono istigati, pianificati e commessi, senza ancoraggi certi e univoci nel territorio di alcuno specifico ordinamento penale.

Fenomeni criminali dal carattere ormai spiccatamente transnazionale come la grande criminalità organizzata e il terrorismo internazionale, il riciclaggio dei proventi illeciti, la corruzione internazionale, il traffico di esseri umani, migranti, armi, sostanze stupefacenti, e molti altri, sono – si è scritto efficacemente già vent’anni fa – il lato oscuro della globalizzazione⁸¹.

A fronte di questa realtà, è evidente come la risposta a queste forme di criminalità non possa essere contrastata efficacemente da ciascuno Stato per conto proprio. L’ordinamento penale tende, in effetti, ad arrestarsi alle frontiere nazionali; e, soprattutto, il sistema di *law enforcement* di ciascuno Stato è costretto a fermarsi a quelle frontiere, anche quando il diritto penale preveda casi di applicazione extraterritoriale: la polizia nazionale non può legittimamente superare i confini nazionali, salvo che lo Stato in cui intenda operare non vi consenta.

Di qui la necessità di sviluppare strumenti che, sul piano anzitutto del diritto internazionale pattizio e poi nel quadro dell’Unione europea, consentano e favoriscano la *cooperazione di polizia*, e poi la *cooperazione giudiziaria*, nel contrasto alla criminalità transfrontaliera. Strumenti che, nell’ambito regionale dell’Unione europea, sono – a partire dal Consiglio europeo di Tampere – fondati sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e, dunque, sulla relazione diretta tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, senza passare necessariamente per le mediazioni dei rispettivi poteri esecutivi; sino a giungere allo strumento per ora più avanzato sulla via di un impegno diretto di istituzioni sovranazionali nel contrasto alla criminalità transfrontaliera, rappresentato dalla neonata Procura europea.

Ma tutti questi strumenti – ci si rese conto ben presto – non possono funzionare appieno in difetto di un minimo di *armonizzazione del diritto penale sostanziale* dei vari Stati: lacune di punibilità in taluni ordinamenti, o anche solo la diversa configurazione delle fattispecie criminali da contrastare, o ancora discrasie significative in termini sanzionatorie o di effettività del relativo *enforcement* creano inevitabilmente *safe havens* e incentivi per i criminali che le sappiano per sottrarsi alla persecuzione penale. Di qui l’interesse

⁸¹ M. LEVITSKY, *The Dark Side of Globalisation*, in «International Studies Review», 5, 2003, 253.

della comunità internazionale, evidente a partire dalla fine degli anni ottanta in poi, alla stipula delle *suppression conventions* di cui si è poc'anzi parlato, nel quadro istituzionale delle Nazioni Unite e di altre specifiche organizzazioni, globali o regionali; e di qui le sempre più numerose iniziative legislative della stessa Unione europea, grosso modo a partire dall'inizio del nuovo millennio, in materia di armonizzazione delle norme di diritto penale sostanziale destinate al contrasto a queste forme di criminalità, e a quelle che offendono gli interessi della stessa Unione.

A loro volta, però, tanto gli strumenti di cooperazione internazionale quanto quelli aventi ad oggetto l'armonizzazione del diritto penale sostanziale rischiano di incontrare gravi ostacoli, in ciascun ordinamento nazionale, allorché gli obblighi che da essi discendano si pongano in contrasto con i diritti fondamentali e i principi costituzionali di ciascun ordinamento in materia penale. In una eventualità siffatta, è infatti sin troppo prevedibile che il sistema giudiziario di ciascuno Stato, sino alle rispettive corti supreme o costituzionali, possa bloccare il funzionamento del sistema, in chiave di tutela dei diritti degli imputati o dei condannati. Di qui lo sforzo – intrapreso in particolare nell'ambito dell'Unione europea, che non a caso dispone di un proprio catalogo di diritti fondamentali – di definire, già a livello sovranazionale, *standard di tutela* minimi ma uniformi, applicabili tanto agli atti normativi dell'Unione quanto agli Stati membri nel momento in cui sono chiamati a trasporre e attuare concretamente gli obblighi derivanti dagli strumenti UE in materia penale: standard di tutela in cui confluiscono le indicazioni provenienti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, in misura eminente, dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia penale. Il rispetto di questi standard deve a questo punto essere assicurato in tutti gli Stati dell'Unione, al fine di sostanziare e corroborare quella fiducia reciproca nel rispetto dei diritti fondamentali tra gli Stati membri, senza la quale lo stesso meccanismo del mutuo riconoscimento immaginato a Tampere sarebbe destinato a fallire.

È solo tenendo presenti tutte queste considerazioni di *background* che è possibile tentare di rispondere alla domanda circa la compatibilità di un diritto penale sempre meno legato allo Stato nazionale con i principi fissati dalla Costituzione italiana in materia penale, e in particolare con le due riserve di legge dell'art. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost.

Come ho altrove avuto occasione di osservare, mi pare che la riflessione penalistica sulla *ratio* – in particolare – della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. non sempre distingua due distinti profili, che meriterebbero invece un'analisi separata: da un lato la questione, che si muove sul piano della teoria delle fonti, se l'espressione «legge» ivi conte-

nuta – ma il discorso potrebbe svolgersi allo stesso modo per ciò che concerne la riserva di legge ‘processuale’ di cui all’art. 111, primo comma, Cost. – sia compatibile soltanto con la *legge dello Stato italiano*, ovvero sia compatibile anche con una fonte sovranazionale direttamente applicabile in Italia; dall’altro, la diversa questione relativa al necessario coinvolgimento, nella formazione delle leggi penali, del *parlamento*, in quanto istituzione direttamente rappresentativa dell’intera comunità politica, nel cui seno tutti i partiti, di maggioranza e di opposizione, hanno l’opportunità di partecipare all’adozione di leggi che potranno poi limitare, drasticamente, la libertà dei membri di quella stessa comunità politica.

Circa il primo profilo, la discussione è per ora largamente accademica. Premesso che nell’ambito specifico del diritto penale internazionale non mi pare si sia mai seriamente contestata, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost., la possibilità per norme riconosciute dalla stessa comunità internazionale di stabilire direttamente le condizioni della responsabilità penale di un individuo, va osservato che tutte le altre norme sovranazionali in materia penale si limitano, di regola, a statuire obblighi (o a formulare raccomandazioni) a carico del legislatore nazionale, al quale continua a spettare il compito di emanare le norme vincolanti per il consociato e applicabili dalla giurisdizione penale. Se in futuro le istituzioni dell’Unione dovessero adottare, in materia penale o processuale penale, regolamenti direttamente applicabili negli Stati membri – al di là del caso del regolamento che disciplina la Procura europea, i cui effetti nell’ordinamento degli Stati membri sono ancora tutti da verificare e studiare –, inevitabilmente il nodo del significato del termine «legge» negli artt. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost. verrà al pettine, e dovrà allora essere adeguatamente affrontato – tenendo conto, naturalmente, del ruolo dell’art. 11 Cost. in relazione alla generalità delle disposizioni costituzionali. Ma una risposta al quesito non appare, oggi, particolarmente urgente, e può qui essere lasciata in sospenso.

Più delicato, e meritevole di una risposta qui almeno abbozzata, è il secondo profilo, che attiene al fondamento sostanziale della riserva di legge, intesa come riserva di una *lex parlamentaria*. Il tema è, in definitiva, quello della *legittimazione democratica* della legislazione in materia penale: di quel settore, cioè, dell’ordinamento che autorizza le compressioni più significative dei diritti fondamentali dei consociati.

Su questo fronte, non v’è dubbio che le fonti sovranazionali su cui ci siamo sin qui soffermati lascino spesso poco spazio al ruolo dei legislatori nazionali, chiamati in larga misura soltanto a ratificare decisioni prese altrove. Il che pone effettivamente un problema di legittimazione democratica degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, che mi pare sia

particolarmente acuto rispetto agli obblighi statuiti mediante convenzioni internazionali negoziate e sottoscritte dai governi dei singoli Stati parte, e poi semplicemente sottoposti al Parlamento per un'approvazione 'in blocco' al momento della ratifica.

Tuttavia, non ho mai compreso perché si continui a dubitare che le ragioni sostanziali della riserva di *lex parlamentaria* possano ritenersi soddisfatte con riferimento alle norme dell'Unione europea. Qui – dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha posto fine alla fase di collaborazione meramente intergovernativa che aveva caratterizzato il terzo pilastro – la quasi totalità degli atti normativi rilevanti in materia penale debbono essere approvati, oltre che da una maggioranza qualificata in seno al Consiglio, dalla maggioranza del Parlamento europeo, in cui sono rappresentate tutte le forze politiche di ciascuno degli Stati membri. I requisiti di democrazia e di partecipazione popolare alle decisioni in materia penale che sono alla base dell'art. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost. si trasferiscono semplicemente a un livello istituzionale più vasto di quello nazionale, peraltro in conformità al principio di sussidiarietà – sul cui rispetto gli stessi parlamenti nazionali sono chiamati a vigilare –, che esige la dimostrazione della necessità di una legislazione unionale per far fronte efficacemente alle sfide criminali che si intendano contrastare. A queste condizioni, non vedo per quali ragioni una *lex parlamentaria* non possa ravvisata anche negli atti normativi dell'Unione: istituzione essa pure dotata, come ciascuno degli Stati membri, di un parlamento eletto a suffragio universale.

Dopodiché, è fisiologico che i prodotti legislativi dell'Unione e le loro trasposizioni nazionali – anche in materia penale – dovranno a loro volta rispettare standard di tutela dei diritti fondamentali uniformi a livello europeo, alla cui elaborazione i parlamenti nazionali restano estranei. Ma ciò è esattamente anche quel che accade anche a livello nazionale, in cui la legge è – nella quasi totalità degli Stati membri – sottoposta a vincoli di natura costituzionale, la cui concreta declinazione è affidata a corti non elette, non direttamente rappresentative e politicamente irresponsabili. È questo, in fondo, il DNA degli ordinamenti democratici e costituzionali contemporanei, in cui la maggioranza politica espressa dal parlamento non è mai unica arbitra delle decisioni che incidono sui diritti fondamentali della persona: ordinamenti nei quali si iscrive anche il complesso meccanismo istituzionale dell'Unione europea, la cui azione si riconosce oggi vincolata al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, che opera qui funzionalmente come una vera e propria costituzione.

Il cerchio, così, si chiude. A un sistema penale dai contorni sempre più sovranazionali corrisponde un orizzonte di tutela dei diritti fondamentali

che ha esso stesso carattere sovranazionale⁸². Lo Stato nazionale perde il proprio protagonismo assoluto in questa materia, a fronte di una realtà che esige risposte coordinate o addirittura unitarie a livello sovranazionale.

Ma tutto ciò apre la strada a una sfida diversa, e non meno impegnativa: quella, cioè, di una attiva e trasparente *partecipazione* delle singole comunità politiche nazionali, nell'ambito delle più vaste comunità politiche sovranazionali – e in particolare in seno alle istituzioni dell'Unione europea –, nell'opera collettiva di elaborazione sia delle strategie di contrasto alla criminalità, sia degli standard di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto quelle strategie debbono essere condizionate⁸³. Una partecipazione da attuarsi nelle sedi opportune e con modalità adeguate a questa nuova realtà, anche da parte delle istituzioni nazionali che continueranno a svolgere un ruolo cruciale nella definizione e attuazione delle politiche penali: a cominciare dalle corti (comuni e costituzionali), alle quali spetterà prevedibilmente ancora per molto tempo l'esercizio quotidiano della giurisdizione. Con attitudine non arroccata nella difesa delle proprie tradizioni nazionali, ma aperta al dialogo e alla definizione condivisa di soluzioni sostenibili, in un orizzonte necessariamente ben più esteso di quello – delimitato dagli ormai angusti confini dello Stato nazionale – con cui i penalisti della mia generazione erano soliti confrontarsi.

⁸² Sul punto, volendo, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in «Quaderni costituzionali», 2019, 489 ss.

⁸³ In questo senso possono leggersi gli ultimi quattro rinvii pregiudiziali operati dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia dell'Unione, in materie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto UE nei quali si ponevano problemi di definizione di standard comuni di tutela dei diritti fondamentali: cfr. C. cost., ordinanze n. 117 del 2019, n. 182 del 2020, nn. 216 e 217 del 2021.