

Il seguente articolo è un'anticipazione della rivista «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010; la numerazione provvisoria non corrisponde a quella definitiva.

© 2010, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

FEDERICO ZUMPANI

Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani

1. Habeas corpus e lotta al terrorismo “globale” – 2. La creazione e la critica della concezione del diritto penale del nemico: Günther Jakobs – 3. La diffusione del diritto penale del nemico: concezioni deboli e forti – 4. Incompatibilità fra diritto penale del nemico e diritti umani: la prospettiva valutativa – 5. L’orizzonte di una dogmatica penale “garantista” e la pratica globale dei diritti umani – 6. Conclusioni: l’illuminismo della giustizia penale globale e la predominanza della dogmatica umanistica.

1. Habeas corpus e lotta al terrorismo “globale”

La trattazione del “diritto penale del nemico” è particolarmente complessa e di difficile valutazione giuridica, soprattutto se vi si inserisce il rapporto fra principio di *habeas corpus* e contrasto al terrorismo internazionale.

L’obiettivo di queste pagine è costruire una riflessione che parta da specifici modelli giusfilosofici, sulla cui base poi sviluppare un possibile ragionamento “equilibrato” per il legislatore, e, nello specifico, per un possibile legislatore “globale”. Bisogna premettere che, alla luce del caos politico-giuridico e sociale generato dal susseguirsi, in territori differenti, di attentati terroristici, il compito del legislatore appare arduo, soprattutto in relazione al rispetto del diritto alla libertà personale. Quest’ultimo diritto viene esplicitamente richiamato nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 come *freedom from fear*, ed ha assunto un rilievo determinante nella scelta di porre come obiettivo primario anche dell’Unione Europea la conservazione e lo sviluppo di uno spazio di libertà, di giustizia e sicurezza, prevenendo e reprimendo la criminalità con particolare attenzione al terrorismo (artt. 2 e 29 del Trattato sull’Unione Europea)¹.

¹ MARZADURI E., *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in «Legislazione penale», 2005, I, p. 420. Per un approfondimento, si veda MIRAGLIA M., *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in «Questione

La riflessione giusfilosofica sull'*habeas corpus* deve evidenziare la sua struttura portante e, successivamente, commentare le conseguenze della sua applicazione. Il diritto a non essere privato della libertà personale affonda le sue radici nella tradizione giuridica più antica².

Prima di effettuare un'analisi circa gli sviluppi relativi alla predominanza del principio di *habeas corpus* in materia di diritto penale del nemico, è necessario svolgere un'introduzione. Infatti, dall'11 settembre 2001 in poi, si può affermare che la violenza politica collettiva venga esercitata in modo specifico attraverso la guerriglia e il terrorismo, sulla base del fatto che il terrorismo internazionale determina uno sconvolgimento della struttura statale imprevedibile e, talvolta, irreparabile³. Tale crimine permette la commissione di reati lesivi della struttura stessa di uno Stato, con lo scopo di danneggiare in modo definitivo le fondamenta economico-politiche del governo destinatario dell'atto illecito, attraverso l'utilizzo di *no-escape attacks*⁴.

L'evoluzione delle forme di manifestazione del terrorismo ha portato gli Stati potenzialmente attaccabili, nonché quelli già vittime di attacchi, ad adottare strumenti di difesa molteplici. Inoltre, l'interesse verso gli scopi che stanno alla base della scelta criminosa hanno distolto l'attenzione dal soggetto-terrorista, arrivando a trascurare le possibili complesse cause che tutt'oggi hanno portato tale reato a essere considerato come *crimine globale*⁵. Oltre all'accrescimento delle difese militari

Giustizia», 2004, p. 298; FROSINI T.E., *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crinale sottile che esalta le democrazie*, in «Guida al diritto», 2005, n. 32, p. 5.

² Probabilmente, il riconoscimento delle libertà fondamentali, partendo da una garanzia primordiale, riscontrabile nella Magna Charta del 1215, che all'art. 39 specificava che «“gli uomini liberi non possono essere privati o imprigionati[...]se non da un tribunale legale dei loro pari e secondo le leggi del paese”», è poi arrivato a una piena affermazione del concetto di libertà come sicurezza all'interno dell'*Habeas Corpus Act* del 1679.

³ REITAN R., *Human rights in U.S. policy: a casualty of the “war on terrorism”?*, in «The international journal of human rights», 2003, vol. 7, n. 4, p. 51.

⁴ BELLANCA N., *Elementi di un'analisi del terrorismo contemporaneo*, in «www.juragentium.unifi.it».

⁵ MINI F., *La guerra dopo la guerra*, Einaudi, Torino, 2003. In particolare, l'Autore si sofferma sul concetto in base al quale l'asimmetria degli scopi rappresenta un dato odierno del terrorismo, che va riscontrato nelle origini del reato. In particolare, egli afferma che una dimensione che travalica i limiti conosciuti e forse ne stabilisce dei nuovi, anche se ancora indistinti è l'asimmetria degli scopi che si è affiancata a quella dei mezzi e delle strategie. A un estremo di questa asimmetria stanno gli scopi materiali o ideali ben definiti e all'altro sta l'assenza completa di scopi: il combattimento senza scopo alcuno. La conoscenza degli scopi è un fattore strategico di importanza maggiore della stessa conoscenza del potenziale avversario. Ma sapere che l'avversario non ha altro scopo per combattere se non quello di combattere non fornisce alcun vantaggio

e dei controlli svolti nei confronti di comunità multiethniche all'interno di uno Stato minacciato o colpito, l'applicazione di costanti ispezioni, spesso sfocianti nell'applicazione di violenze fisiche e psicologiche nei confronti di soggetti sospettati, ha causato uno sconvolgimento politico-giuridico. Il problema non può essere risolto attraverso una linea di pensiero politico-giuridica volta soltanto al riconoscimento di diritti umani inalienabili in ogni individuo, ma va ricondotto anche alla tragica accettazione da parte di strutture governative di pratiche che appaiono inconciliabili con i principi stessi di una democrazia che basi la sua ragion d'essere sullo Stato di diritto.

In primo luogo, le presupposizioni filosofiche che si incontrano nel c.d. diritto penale del nemico sono complesse. Il diritto penale è lo strumento basilare per l'applicazione di un sistema normativo democratico, che garantisca un equilibrio necessario fra "forza" e "diritto". Se il diritto penale della *colpevolezza*, da considerarsi come l'erede del precedente diritto penale della *retribuzione*, mira a delinearne i soggetti direttamente perseguibili per il reato terroristico compiuto, dall'altro lato il diritto penale della *lotta* va considerato come il mezzo per la repressione totale del reato medesimo⁶. In primo luogo, occorre chiedersi se sia accettabile la definizione di nemico (*hostis*) come nemico pubblico, ovvero nemico della società e delle istituzioni statali. Infatti, l'ipotetica creazione di un divario fra cittadino e nemico potrebbe generare logiche politico-criminali incompatibili fra loro in una società democratica⁷.

In particolare, bisogna analizzare le conseguenze derivanti dalla mancata accettazione di una politica giuridica democratica in situazioni statali d'emergenza, in questo caso raffigurabili nel verificarsi di reati di terrorismo internazionale, nella prospettiva del necessario rispetto del principio di *habeas corpus*. Vi sono specifici Stati in cui l'accezione

strategico e anzi influenza negativamente chi conosce, ma che non può neppure prendere in considerazione una guerra senza scopi e perciò senza end state e perciò senza fine. L'asimmetria degli spazi, dei mezzi e delle tecnologie, delle dottrine, delle politiche, degli stessi fattori morali che sostengono chi combatte è comprensibile e accettabile, ma quella degli scopi sfugge alla comprensione e all'accettazione e quindi istintivamente e irrazionalmente aumenta la paura.

⁶ DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, «Cassazione penale», 2006, p. 772.

⁷ In particolare, si veda DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 53 ss. L'Autore delinea la necessità del diritto penale di estraniarsi da una possibile accettazione del concetto di "nemico", stabilendo che, se si vuole delegittimare o delimitare al massimo gli spazi per un diritto penale del nemico, occorre affermare e dimostrare che il diritto penale ordinario, cioè quello da considerarsi "normale", non lo è. Quindi, occorre legittimare tutto il diritto penale come un diritto dal volto umano.

emergenziale ha comportato il sorgere di deroghe inconciliabili con uno Stato democratico, che ha comportato anche il sorgere di una normalizzazione non solo dell'emergenza statale, ma anche dei molteplici metodi utilizzati per combatterla, attraverso trattamenti pregiudizievole, sia psicologicamente sia fisicamente, per l'ottenimento celere di informazioni o di mere confessioni da parte di soggetti sospettati⁸.

La mancata applicazione dei principi di eguaglianza e proporzionalità nei confronti di soggetti meramente sospettati di crimini terroristici rappresenterebbe una delle molteplici cause che allontana l'obiettivo della giustizia globale, creando un vero e proprio *sense of injustice*, supportato dalla necessità di applicare il potere per il raggiungimento di una sicurezza collettiva cieca, eccessivamente innalzata a giustificazione emergenziale⁹. Se il terrorismo "globalizzato" ha generato un conflitto invisibile fra Stato e organizzazioni eversive terroristiche, il rischio più evidente è che si attui il brocardo *inter arma silent leges*¹⁰. È necessario analizzare e comprendere se la questione della sicurezza generatasi in seno alla collettività è causata esclusivamente dalla percezione di nuovi elementi di pericolo e destabilizzazione o anche dalla consapevolezza della parziale impotenza del Leviatano hobbesiano¹¹. Le leggi emergenziali sarebbero riconducibili ad un diritto penale del nemico, con la sola eccezione del *reale stato di guerra*. In tal senso, analizzando la posizione di Hobbes, una volta introdotta l'eccezione legittima dello stato di guerra, il soggetto punito, il criminale, non è più un cittadino, ma è ormai un nemico, e la sanzione più che essere una pena, appare come un atto di ostilità¹². Hobbes concepisce lo stesso trattamento non al criminale normale, ma a colui che è responsabile di alto tradimento, del *crimen laesae maiestatis*, ovvero di tutte quelle molteplici ribellioni al sovrano e al potere politico, che il diritto proteiforme ha progressivamente accolto nella sua dimensione, fondata principalmente sull'infedeltà più che sull'identificazione di beni giuridici.

⁸ BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il mulino, Bologna, 2006.

⁹ Per un approfondimento, si veda TRUJILLO I., *Il problema delle condizioni di possibilità della giustizia globale*, Siena 16-18 ottobre 2007, Convegno Etica normativa – principi dell'agire morale.

¹⁰ BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni sistematiche*, in Cass. pen., 2009, p. 2216.

¹¹ CAPPÈ F. – MARELLI F. – ZAPPALÀ A., *La minaccia del terrorismo e le risposte dell'antiterrorismo*, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2006.

¹² HOBBS T., *Leviatano*, La Nuova Italia, Firenze, 1987, cap. XXVIII, p. 312.

2. *La creazione e la critica della concezione del diritto penale del nemico: Günther Jakobs*

Il concetto di ‘*Feindstrafrecht*’ – cui ricorre Günther Jakobs, contrappo-
nendolo all’altro, ‘*Bürgerstrafrecht*’, che indica il ‘tradizionale’ diritto
penale “del cittadino” – è suscettibile di molteplici implicazioni, in quanto
indica un codice binario, nemico/cittadino, che riproduce e trasforma il
codice politico dell’amico/nemico. Se la formula di Jakobs ci riporta alla
coppia oppositiva classica, che compare già con Antigone e Socrate, la
sua struttura teorica è più complessa: fa riferimento da un lato al
funzionalismo sistemico di ascendenza luhmanniana – integrato da
richiami alle concezioni neohegeliane della pena ed alle più recenti teorie
del *labelling approach* – e, dall’altro, riproduce il recente ampio dibattito
sulla questione della pena e della legittimazione del diritto penale nel
Rechtsstaat. Con l’espressione «*Feindstrafrecht*» si intende infatti riferirsi
alla cosiddetta “terza velocità”, attualmente caratterizzante taluni settori
dei sistemi penali europei e nordamericani. La netta prevalenza del para-
digma del reato di *pericolo indiretto* e di quello di *pericolo presunto*, così
determinando l’autonomia incriminazione di condotte astrattamente inido-
nee ad attingere la soglia di immanente, *generelle Gefährlichkeit*¹³.

Prima di giungere all’elaborazione scientifica del diritto penale del
nemico, è necessario effettuare una premessa circa la teoria elaborata da
Günther Jakobs, le cui conseguenze si sono rivelate non irrilevanti sul
piano dottrinale¹⁴.

In primo luogo, è necessario menzionare i riferimenti filosofici utiliz-
zati da Jakobs per giustificare un nemico alternativo, in particolare par-
tendo dal pensiero contrattualistico di Rousseau e Fichte, in base al quale
la rottura del patto sociale attuata con il delitto comporta la perdita dello
status al cittadino come tale, venendo identificato come avversario della
società¹⁵. Tuttavia, la conclusione drastica di Jakobs deve essere

¹³ RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in «L’indice penale», 2006,
n. 1, pp. 181 ss.

¹⁴ La distinzione fondamentale compiuta da Jakobs comprende un diritto penale del
cittadino, rivolto a coloro che delinquono non contestando i fondamenti
dell’ordinamento giuridico vigente, quindi accompagnati da un sostegno dialogico con
lo Stato, e un diritto penale del nemico, dove la sistematicità del contrasto criminoso
con lo Stato e i principi edificanti pone il criminale al di fuori dell’ordine sociale, diven-
nendo un vero e proprio avversario, addirittura una non persona.

¹⁵ Si veda ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Bur, Milano, 2007, p. 86. L’Autore
compie una critica marcata nei confronti del criminale traditore, affermando che
«D’altra parte ogni malfattore, attaccando il diritto sociale, diviene, con i suoi misfatti,

ricondotta alle posizioni di Hobbes e Kant, che in questo caso pongono la perdita dei diritti da parte del cittadino come estrema conseguenza per i casi di alto tradimento, nel caso di Hobbes, e di minaccia costante alla sicurezza, nel caso di Kant¹⁶.

La fenomenologia criminologica di Jakobs oscilla fra descrizione e prescrizione, ponendo come presupposto un paradosso, cioè garantire le forme del diritto attraverso atti di forza di natura nettamente politica. Se il nemico rappresenta un *altro da sé*, il suo agire non è riconducibile allo *status* di mero criminale, in quanto uno scontro di natura politica esclude nettamente una “lotta giuridica”. Ma la teoria jakobsiana delimita una via differente, ovvero quella di concepire un diritto che, seppur ricondotto ad una matrice antiumanistica che nega i diritti fondamentali, è pronto a scontrarsi con un soggetto riconosciuto come differente, alieno, anche se ciò comporta il rischio di far prevalere il potere sul diritto. Non si può eludere il problema della degenerazione penalistica nel concetto di nemico, dimostrabile dal fatto che, la mancanza di un possibile riconoscimento e rispetto dell’ordinamento giuridico vigente da parte del criminale-nemico comporti non solo l’applicazione di un potere punitivo neutralizzante, ma anche una concezione dell’avversario come “non persona”. La tesi di Jakobs ha ad oggetto un diritto penale “del futuro”, volto a distruggere i pericoli, e non “del passato”, cioè mirante a riconoscere la validità e l’applicazione di una norma giuridica.

Dal punto di vista concettuale, il nemico di Jakobs è ambiguo, in quanto da un lato è “debole”, cioè identificabile con il delinquente abituale, o con chi ha l’obiettivo di distruggere le fondamenta funzionali di una norma giuridica, generando cioè un diritto penale della paura¹⁷. La concezione di un diritto penale dello *Stato*, e non dell’*individuo*, comporterebbe un degrado circa gli strumenti repressivi utilizzabili, in quanto la

ribelle e traditore della patria; cessa di esserne membro violandone le leggi e, anzi, le muove guerra».

¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Enemy combatants versus enemy criminal law: an introduction to the european debate regarding enemy criminal law and its relevance to the anglo-american discussion on the legal studies of unlawful enemy combatants*, in «New criminal law review», 2008, vol. 11, n. 4, p. 529. In particolare, l’Autore effettua un’interessante analisi circa le considerazioni effettuate da Kant in materia di diritto alla sicurezza, ripercorrendo il problema della privazione di libertà dal soggetto agente al soggetto colpito. Inoltre, si verifica il riferimento allo stato di natura, questa condizione primordiale in cui si verifica un’intrusione nella libertà dell’essere umano, definito come *statu iniusto*.

¹⁷ DONINI M., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in «Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale», a cura di GAMBERINI A.-ORLANDI R., Monduzzi, Bologna, 2007, p. 131.

tutela dello Stato considerata superiore gerarchicamente alla tutela dell'individuo implicherebbe una violazione dell'*habeas corpus*, in questo caso inesistente, in quanto i diritti umani verrebbero menomati del loro presupposto democratico fondativo: la predominanza dei diritti dell'uomo sulla ragion di Stato. Non solo, ma la concezione di Jakobs criminalizza in modo irreversibile colui che mira a colpire la funzione stabilizzante e astratta della norma, e non chi attua il delinquere come *modus vivendi*, in quanto ciò rappresenta una violazione sistematica introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico. Il nemico viene considerato come una costante prevista a priori dal legislatore, come un soggetto che esisterà sempre, e per il quale il legislatore penale non potrà attuare un comportamento rieducativo, in quanto si riscontra un'avversione a quei valori considerati dall'ordinamento giuridico come cogenti.

Il rapporto tra anticipazione della tutela penale e garanzia dei diritti umani è un problema costante nell'ambito della comunità internazionale, in quanto la conseguenza principale è la sensibile attenuazione delle garanzie sanzionatorie, e, dell'accertamento processuale, ma soprattutto delle fattispecie incriminatrici, poste in una condizione d'instabilità¹⁸. Il criminale jakobsiano si differenzia dagli altri, in quanto il suo comportamento, legato ad un'attività criminale organizzata, lo ha automaticamente escluso dalla comunità giuridica in modo permanente.

Ora, la ragion d'essere della prevenzione è l'ipotesi di una società del rischio, depositaria di un terrore anticipato che preoccupa il legislatore, e che giustifica il potere costituito ad una strumentalizzazione dell'allarme sociale, attuando l'utilizzo della pena non a fini rassicuranti per la collettività, ma a fini eliminatori della paura stessa, ponendo diritti e garanzie in un piano inesistente¹⁹. La strumentalizzazione politica del rischio di vittimizzazione induce l'identificazione collettiva nel corpo sociale minacciato dal criminale-nemico, rispetto al quale la pena canalizza e sublima il bisogno di una vera e propria vendetta comune. Ciò implica una drastica conseguenza: la neutralizzazione del criminale nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima (collettiva) del reato. Poco importa, poi, se questa spirale ritorsiva garantisca davvero le esigenze dei soggetti in concreto incisi dal reato. La retorica del controllo, traendo

¹⁸ DONINI M., *op. cit.*, p. 138. In particolare, l'Autore specifica che la punibilità autonoma di atti "preparatori" tende ad un allontanamento dal diritto penale dell'offesa, per avvicinarsi alla neutralizzazione di autori pericolosi. Non solo, ma un arretramento della punibilità per fatti dolosi prima della soglia del tentativo e di un'offensività oggettivamente e socialmente univoca, avvicina il reato all'autore e la pena alla neutralizzazione della pericolosità.

¹⁹ BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in «Dei delitti e delle pene», 1985, n. 3, p. 443.

legittimazione dalla logica social-difensiva della segregazione punitiva, non può che disinteressarsi della sorte individuale di chi, per mera contingenza, subisca il reato, da vittima reale²⁰.

La logica preventiva jakobsiana comprende una concezione del nemico come colui che rifiuta volontariamente lo status di cittadino (*Bürger*), per autoconvertirsi in nemico (*Feind*) del sistema. Perciò, solo lo Stato si autolegittimerebbe, ad avviso di Jakobs, ad offrire al resto dei cittadini una protezione rafforzata da coloro che abbiano violato le aspettative normative su di loro riposte, ammettendosi l'applicazione di misure di sicurezza (molte delle quali in forma apparente di pene) in uno stadio di molto precedente alla realizzazione della condotta tipica, in ragione della pericolosità propria del tipo di autore.

3. *La diffusione del diritto penale del nemico: concezioni deboli e forti*

Partendo da un'analisi prettamente descrittiva del diritto penale del nemico, è necessario specificare l'esistenza di una forma di tutela debole, da rapportarsi al diritto penale tradizionale su un piano meramente quantitativo. Secondo tale primo orientamento, il diritto penale del nemico verrebbe inserito all'interno di una prevenzione generale e speciale, avendo come caratteri specifici solo ed esclusivamente la tendenza ad una maggiore anticipazione della tutela, a una pena dotata di particolare consistenza afflittiva e a un affievolimento delle garanzie processuali²¹. Non solo, ma dal punto di vista della struttura del reato, si mette successivamente in evidenza l'anticipazione del tutela rispetto all'offesa del bene tutelato, arrivando ad un incremento dei reati di pericolo presunto, volti a punire atti preparatori, e la pena arriverebbe ad una sproporzione sia al momento della comminatoria edittale, che in quello della commisurazione. Tuttavia, un'altra parte della dottrina ha stabilito che la differenza fra diritto penale del nemico e diritto punitivo tradizionale sarebbe molto più consistente sul piano qualitativo, in quanto il piano quantitativo presenterebbe alcuni caratteri strutturali di una peculiarità tale da renderlo una forma punitiva autonoma²². Questa teoria comporta il sorgere di

²⁰ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2009.

²¹ BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 10.

²² PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in «*Questione giustizia*», 2006, n. 2, pp. 667 ss.

critiche sostanziali, motivate dalla conseguente configurazione del diritto penale del nemico come diritto meramente dialogico, fondato su una guerra al crimine, quando invece tale diritto non può che essere escludente nei confronti del destinatario, configurando così una reale neutralizzazione del nemico, ovvero un nuovo paradigma punitivo. Ma soprattutto, ciò che non può accogliersi è l'idea che il diritto penale del nemico svolga in definitiva le stesse funzioni preventive proprie del diritto penale tradizionale. Infatti, mentre il diritto penale tradizionale è fondato su una pena che svolge una funzione preventiva generale e speciale, ovvero una funzione principalmente di garanzia, il diritto penale del nemico comprende una reazione tendente alla mera neutralizzazione del reo, ponendo la sanzione in termini disfunzionali rispetto agli scopi della prevenzione generale e speciale.

La concezione del nemico appare particolarmente complessa nell'ottica di proiettarvi in modo diretto la scienza penalistica, e ciò può essere confermato da un'analisi approfondita circa le conseguenze di un ipotetico inserimento in un ordinamento giuridico democratico di tale orientamento. Le due prospettive da cui muovere l'indagine sono quella "descrittiva" e quella "valutativa", e occorre specificare che il concetto di garanzia del diritto è completamente stravolto, in quanto il concetto stesso di garanzia del diritto non potrebbe essere accettato. Ciò è facilmente dimostrabile, dato che l'accettazione di un concetto meramente repressivo del soggetto reo rende inaccettabile qualunque forma di garanzia, sulla base del fatto che non si potrebbe più distinguere fra condizione statale normale e condizione statale emergenziale.

La prospettiva descrittiva del diritto penale del nemico è particolarmente complessa, in quanto si ramifica in altre due concezioni: la concezione debole, che individua la differenza fra tale forma di tutela e il diritto penale tradizionale su un piano meramente quantitativo, e la concezione forte, che fonda la differenza sul piano qualitativo. Il primo orientamento tenderebbe a marcare in modo estremamente rigido la tendenza ad una maggiore prevenzione generale e speciale, l'applicazione di una pena particolarmente afflittiva e un affievolimento delle garanzie processuali²³. Una prima conseguenza pregiudizievole di tale concezione è l'eccessivo controllo sui comportamenti umani, volti ad un'anticipazione di tutela di un bene giuridico che non è minimamente offeso, causando una possibile destabilizzazione sociale e una crisi della struttura del reato, arrivando ad

²³ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico: un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, relazione dattiloscritta del convegno "Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli", p. 17 (Trento 10-11 marzo 2006). Per un approfondimento, si veda VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 669.

un incremento dei reati di pericolo astratto-presunto o di scopo volti a punire atti meramente preparatori, senza che ci sia un'effettiva consumazione del reato. Ciò genererebbe il rischio di una seria violazione dei diritti umani, in quanto il disorientamento normativo e l'incertezza implicherebbero la possibile violazione del principio di *habeas corpus* su soggetti considerati "sospetti rei", ma le cui libertà fondamentali verrebbero scavalcate a fronte di un pericolo presunto. Di conseguenza, si arriverebbe all'accettazione di un diritto penale "punitivo", dove la funzione di risocializzazione, ma prima ancora di certezza del reato non verrebbero neanche considerati da parte del legislatore, menomando il diritto penale stesso di alcuni dei principi cardinali, unitamente al rispetto dei diritti umani. Il rischio è quello di arrivare ad una neutralizzazione di una pericolosità sociale non radicata nella personalità dell'agente o su comportamenti abituali, ma su particolari atti circoscritti nel tempo e lontani dalla fase esecutiva in senso penalistico, con la conseguenza che verrebbero meno gli stessi presupposti di materialità e colpevolezza, giungendo infine ad un'effettiva degiurisdizionalizzazione volta all'applicazione di misure restrittive basate sul sospetto. Ciò posto, non può accogliersi la concezione che il diritto penale del nemico svolga le stesse funzioni preventive proprie di un diritto penale tradizionale, in quanto il fattore emergenziale rappresenta un'eccezione dello stato di diritto, mentre nel diritto penale del nemico ogni concezione del criminale comporta una prevenzione costante, indipendentemente dalle condizioni in cui versa lo Stato.

Per quanto concerne la concezione "forte" del nemico, da considerarsi dialogica del diritto penale del nemico, la questione che sorge è il problema dell'individuazione del criterio per il suo riconoscimento²⁴. Mentre l'orientamento "debole" identifica il nemico con quel soggetto che viola in modo continuativo le norme di convivenza sociale, presentando come caratteri l'individualità e la sistematica violazione di norme giuridiche interne a una determinata comunità, l'orientamento "forte" pone come presupposto la sussistenza di una comunità alternativa a quella già esistente, avente come obiettivo fondamentale l'eliminazione di quei presupposti sostanziali su cui si fonda l'esistenza di un ordinamento avente valori complessivamente differenti. In questo caso, si verifica l'espressione di una collettività disorganizzata, in cui gli individui "cittadini" mantengono una propria autonomia, in quanto sussiste fra di essi un legame *ex post*, conseguente al fatto che si appartiene alla categoria²⁵. La concezione

²⁴ PALAZZO F., *cit.*, pp. 669 ss. Inoltre, si veda DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in «Cass. pen.», 2006, pp. 274 ss.

²⁵ INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in «Diritto penale e processo», 2004, pp. 1329 ss. Ex pluribus, INSOLERA G., *Terrorismo interna-*

debole presenta una struttura e una ragion d'essere particolarmente precaria, in quanto si tenderebbe ad una qualificazione del nemico come una pluralità di soggetti parallela ad un ordinamento giuridico differente, espressione di una criminalità reiterata ad elevato allarme sociale. Addirittura, si potrebbe arrivare ad una degenerazione politico-sociale, basata su un'analisi valoriale, considerando nemici quei soggetti esprimenti un valore differente, o peggio soggetti la cui pericolosità è connessa ad un determinato *status* indipendente dalla propria volontà, oppure a un *modus vivendi* "consolidato". Tuttavia, la concezione forte rappresenta la vera rappresentazione del criminale nemico, in quanto si verifica la sussistenza di una collettività criminale volta a sovvertire un ordinamento giuridico di riferimento.

Inoltre, non può non menzionarsi la funzione neutralizzante della pena, che rappresenta la conseguenza di una concezione forte del nemico, volta a impedire una prevenzione generale o speciale, ma che punta all'eliminazione del soggetto criminale, non riconoscendo la sussistenza di alcun diritto fondamentale. Ciò porta a fornire una necessaria distinzione fra criminale-cittadino e criminale-nemico, in quanto, mentre il diritto penale tradizionale indica un soggetto reo come un individuo che, nonostante la commissione di un fatto, appartiene alla comunità sia prima che dopo l'esecuzione del reato, il diritto penale del nemico indica una pluralità di soggetti che, sia prima che dopo la consumazione del fatto illecito, non appartengono in alcun modo alla comunità di riferimento, ponendosi al di fuori di essa, o meglio, in una società "alternativa e parallela". Il criminale cittadino è legato alla commissione di un'infrazione normativa, conscia di un sistema di regole riconducibili alla società civile cui appartengono. In questo caso, il legislatore penale è concepito come un garantista di quei diritti fondamentali, quali in primo luogo la libertà personale, in quanto sussiste l'accettazione dei principi politico-morali su cui si fonda la società. Il criminale-nemico ha l'obiettivo di minacciare le regole di convivenza civile *tout court*, ovvero indicare quei principi alternativi su cui vorrebbe che la società civile si fondasse, causando uno scaridinamento dell'equilibrio politico-sociale collettivo.

L'affidamento al modello penalistico jakobsiano comporta la negazione del diritto penale della responsabilità di fronte a soggetti non responsabili, col pretesto che non sono tali in quanto nemici dell'ordinamento. La condizione di non persona causa un danno irreparabile al diritto, in quanto l'autore del reato è oggetto di una pena incalcolabile, e sottoposto a punizione pura e assoluta, indipendentemente dalle valutazioni personali proprie delle misure

applicate. Al contrario, Jakobs mira a distinguere in modo assoluto queste categorie giuridiche, in quanto l'idealtipo nemicale garantisce la sussistenza di una logica dell'eccezione nel sistema penale del nemico, tale da impedire qualunque prospettiva costituzionale²⁶.

Non bisogna dimenticare che, in termini generali, il reato rimane un *aliud* rispetto agli altri illeciti, perché individua nella risposta contro una persona la soluzione di un problema sociale da quella creato: esso dà una spiegazione personale al fatto illecito, nel senso che si vede la soluzione del problema posto dall'illecito nella sanzione contro la persona del suo autore. Questo fattore delinea un tratto essenziale del processo di stigmatizzazione penale. La risposta punitiva del diritto penale è insita nella sua stessa natura, sulla base di una logica legata alle conseguenze derivanti dalla fattispecie delittuosa, ma ciò implica in modo rigido l'applicazione dei diritti umani come baluardi e guardiani di una volontà statale che non deve mai essere volta alla punibilità in quanto tale, ma alla restaurazione di un comportamento deviato che ha causato un danno collettivo²⁷.

La prospettiva della pena è assolutamente pregiudizievole, in quanto la commissione del fatto non è singola da parte del nemico, ma comprende un'ostilità assoluta e indiscriminata verso un ordine sociale instaurato, impedendo al diritto penale di svolgere la funzione reintegrativa, in quanto il nemico non vorrà essere reinserito in quell'ordine sociale colpito. Questa conseguenza, tuttavia, rappresenta un presupposto giustificativo assai vago, in quanto i diritti umani non devono essere praticati e garantiti in funzione del comportamento del reo, ma come mezzo di tutela indiscriminato verso il soggetto in quanto persona: «se si considera un soggetto solo in quanto pericoloso, egli resta una persona finché le misure che gli si applicano mirano a recuperare la socializzazione e quindi hanno un contenuto dialogico, terapeutico, ovvero rieducativo o rispettoso del senso di umanità»²⁸. Il concetto di prevenzione viene concepito come uno strumento giustificativo per fronteggiare un *modus vivendi*, ovvero una personalità sintomatica di un potenziale atteggiamento criminoso, che però è sempre dimostrato e accertato, al contrario della funzione neutralizzante, che presuppone uno scopo drastico,

²⁶ Per un approfondimento, si veda FERRAJOLI L., *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in «Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare», a cura di BERNARDI A.-PASTORE B.-PUGIOTTO A., Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 161. L'Autore evidenzia come il diritto penale del nemico rappresenti l'inizio di una nuova antropologia della disuguaglianza, in cui il nemico non può considerarsi come un essere umano, in quanto rappresenta una non-persona, che non merita di essere trattato né con gli strumenti del diritto né con quelli della politica.

²⁷ DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 56 ss.

²⁸ DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 753.

ovvero l'eliminazione del nemico, andando a inficiare la scienza penalistica di connotati prettamente punitivi.

Ciò posto, è necessario evidenziare la degiurisdizionalizzazione processuale come peculiarità strutturale del reato. La più temibile crisi del sistema penalistico è relativa non solo alla punizione di un comportamento *ante-delictum*, ma addirittura di una mera appartenenza ad una specifica categoria nemicale, indipendentemente dallo svolgimento o meno di un'attività illecita. Infatti, uno dei rischi maggiori è la sussistenza della responsabilità penale, in quanto «quando la pena è un puro mezzo di eliminazione del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria a una determinata categoria, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità. La quale presuppone invece l'esistenza, bensì, di un conflitto di volontà e di interessi realizzatosi nella violazione, ma anche e soprattutto l'idea di mantenere questo conflitto all'interno di un orizzonte comune in cui sia virtualmente possibile e auspicato il realizzare il coordinamento della volontà e degli interessi»²⁹. Dal punto di vista processuale, risalta l'assenza di un'autorità giudiziaria che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali del soggetto nemico, in quanto non è concepibile una tutela processuale collegabile alla reazione punitiva, collocando la funzione processuale ad un'autorità amministrativa, cioè ad una parte del conflitto che si presume essere dalla parte del giusto³⁰. Il travalicamento dei diritti umani è assolutamente palese in quest'ultima fase, in quanto le violazioni partono dall'assenza di un'autorità investita di quell'imparzialità e terzietà, arrivando alla prioritaria e presupposta concezione dell'eliminazione del nemico, in quanto appartenente ad una categoria soggettiva specifica, non ritenendo necessario un organo terzo, ma anche un organo di parte prodotto dai principi insiti nel diritto penale del nemico. L'esercizio di un controllo giurisdizionale risulta assolutamente superficiale e insignificante, in quanto un giusto processo sarebbe un principio concepibile solo in un ordinamento democratico che garantisca la tutela dei diritti fondamentali, sempre e in ogni caso, ma un simile complesso normativo nemicale mira unicamente al riconoscimento di un presupposto identitario che giustifica qualunque azione repressiva, senza alcuna garanzia di equilibrio fra diritto, morale e giustizia: «ciò che interessa non è più l'accertamento della responsabilità e quindi il procedimento attraverso il quale compiere siffatto procedimento, ma la possibilità di utilizzare strumenti efficaci volti a prevenire la commissione di reati, rispetto ai quali non risulta

²⁹ PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 681.

³⁰ FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 805.

necessario l'esercizio di un controllo giurisdizionale»³¹. Il problema del processo è fondamentale in quest'ambito, in quanto il rapporto fra sistema giuridico e sistema sociale rappresenta un riflesso della società civile organizzata, che nella prospettiva jakobsiana viene però stravolta, alla luce di una totale cancellazione del procedimento giurisdizionale³².

4. *Incompatibilità fra diritto penale del nemico e diritti umani: la prospettiva valutativa*

La seconda prospettiva da approfondire è quella valutativa, caratterizzata principalmente da un allontanamento rispetto a qualsiasi tutela giuridica dei diritti umani, che può riscontrarsi nella Costituzione italiana, così come nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché nel Patto internazionale sui diritti civili e politici³³. Di conseguenza, può delinearci una totale "incompatibilità", motivata dal presupposto che non esiste alcuna emergenza all'interno di tale universo giuridico, in quanto la categoria nemicale indica un'assoluta predominanza della persona Stato e del soggetto "collettività", senza che possa parlarsi neanche di "illegittimità", in quanto non si contempla in alcun modo un riferimento alla gerarchia dei diritti fondamentali³⁴. Ciò genera una riflessione obbligatoria: se il diritto penale del nemico non considera sussistenti i diritti umani, in quanto superati da una ragione pubblica superiore, ciò comporta la possibile applicazione di un potere arbitrario da parte dello Stato, il quale potrà applicare qualunque strumento idoneo alla cancellazione del pregiudizio politico-sociale presunto o accertato, senza alcun controllo o verifica da parte di un'autorità giudiziaria. Non solo, ma in questo modo si verificano determinate conseguenze rilevanti: in primo luogo, sussiste l'esclusione di una prevenzione generale nei confronti del soggetto criminale; si

³¹ BARTOLI R., *op. cit.*, p. 23.

³² Per un approfondimento sul tema del rapporto fra diritto, potere e processo, si veda ANDRINI S., *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, FrancoAngeli Edizioni, Milano, 2008.

³³ DENNINGER E., *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in BALDINI V. (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 54. In particolare, l'Autore afferma che «lo Stato, che pone la sicurezza come suo compito prioritario, fa una promessa che non potrà mantenere a sufficienza, ma che lo pungola permanentemente a nuove attività». Per un approfondimento, si veda BIN R., *Democrazia e terrorismo*, in DE MAGLIE C. – SEMINARA S., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 39.

³⁴ BARTOLI R., *op. cit.*, p. 24.

verifica l'anticipazione di una tutela penale in misura consistente da giungere a incriminare fatti privi di materialità.

In secondo luogo, la problematica fondamentale che sorge da tale concezione è l'estraneità del diritto penale del nemico dalla logica giuridica, costituendo un vero e proprio "non diritto", o addirittura se il diritto penale del nemico sia una forma di disciplina non contenibile attraverso specifiche garanzie, riducendo la rilevanza dei diritti fondamentali propri di ogni essere umano³⁵. Non bisogna dimenticare che la proiezione del diritto penale del nemico è contrassegnata da una liceità della privazione delle libertà fondamentali, nonché da un'estraneità di un organo giurisdizionale terzo che possa intervenire al fine di ostacolare questa articolazione ingiustificata del potere verso il nemico "altro", cioè verso un soggetto differente dal criminale inserito nella società.

In un contesto punitivo moderno, la giuridicità penale deve basarsi su una limitazione del potere punitivo, quindi su una prospettiva garantista dei diritti umani. Di conseguenza, la considerazione del diritto penale del nemico come di un non diritto è consequenziale, in quanto, partendo da fonti quali la Costituzione italiana, i trattati internazionali e la Dichiarazione universale dei diritti umani, si verificherebbe un contrasto con il contenuto minimo di tali complessi normativi, suffragati da un prescritto rispetto degli stati di "normalità".

Alla luce di quanto esposto, sorge una questione assolutamente primaria: se esistano situazioni politico-giuridiche in cui sussistano *chances* per l'accettazione di un diritto penale del nemico. Innanzitutto, bisogna premettere che nel nostro ordinamento giuridico è prevista una clausola d'eccezione relativa all'ipotesi di guerra difensiva, anche se all'interno della Comunità europea sono previste clausole di eccezione, che attribuiscono agli Stati il potere di dichiarare lo stato di emergenza e di sospendere alcune garanzie, rendendo legittima l'adozione di provvedimenti che, in situazioni di "normalità" sarebbero assolutamente inaccettabili³⁶. Questa possibilità è riscontrabile ulteriormente nel diritto internazionale, dove sussistono tuttavia clausole d'eccezione o d'emergenza che, in casi particolari e specifici, attribuiscono allo Stato

³⁵ PULITANÒ D., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in «Questione giustizia», 2006, p. 743.

³⁶ Per un approfondimento su tale questione, si veda MURGIA C., *Meno libertà più sicurezza?*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, Milano, 2003, pp. 304 ss.; DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in «Rassegna parlamentare», 2004, pp. 441 ss.; BENAZZO A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004; BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., pp. 121 ss.

il potere di sospendere l'esercizio di alcuni diritti, garantendo sempre quelli inderogabili³⁷. La concezione di una possibile legittimazione del

³⁷ Questa problematica può essere affrontata soprattutto dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che al comma uno dispone che «*in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parte del presente Patto prendere misure, le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esige, e purchè tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata sulla, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione e sull'origine sociale*». Successivamente, al comma due viene specificato che «*la suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga agli articoli 6, 7, 8 (parr. 1 e 2), 11, 15, 16 e 18*». Analogamente, l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 prevede che «*in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita alla nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*». Infine, un'ulteriore disposizione utile in questo contesto è la Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1969, che all'art. 27 stabilisce che «*in tempo di guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che minacci l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte, lo Stato può adottare misure in deroga agli obblighi assunti in forza della presente Convenzione nell'estensione e per il periodo di tempo strettamente richiesto dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con i suoi ulteriori obblighi secondo il diritto internazionale e non comportino discriminazioni sulla base di razza, colore, sesso, lingua, religione o origine sociale*». Confrontando le suddette disposizioni normative, emerge chiaramente l'impossibilità di ammettere anche in minima parte una concezione nemicale del soggetto reo o presunto tale, in quanto l'orientamento seguito porta con sé i presupposti reali dello stato di diritto, in cui l'individuo come persona non potrà mai essere giudicato colpevole in quanto appartenente ad una categoria penalistica concepita a priori da una scienza giuridica avulsa da qualunque rilievo democratico circa il rispetto dei diritti umani. A tal proposito, la deroga per lo stato d'emergenza risulta essere l'unica necessità reale di sospensione delle garanzie giuridiche, ma mai di quelle che comportino una violazione del diritto alla vita, del divieto di tortura, del divieto di trattamenti disumani e degradanti. Tale considerazione è inaccettabile in un diritto penale del nemico, in quanto l'esclusione dalla comunità giuridica rende il nemico quasi alla stregua di un apolide, nei cui confronti si annulla qualunque diritto fondamentale, in quanto l'autoesclusione è unilaterale, e, di conseguenza, non permette la possibilità di una tutela da parte dello Stato colpito. Il problema si pone soprattutto per reati come il terrorismo internazionale, che ha visto un superamento totale dell'orientamento garantista, in quanto le risposte politico-giuridiche adottate in molteplici paesi comunitari e internazionali hanno compreso un cammino parallelo alle concezioni del diritto penale del nemico, non risparmiando la sospensione di diritti fondamentali, motivati da una necessità di sicurezza collettiva, che ha rappresentato un'assenza di sicurezza di diritti. Per un approfondimento sul rapporto tra emergenza,

diritto penale del nemico appare come uno stravolgimento dell'ordinamento giuridico democratico, che, da un lato, implica l'assoluta arbitrarietà di sospensione dei diritti fondamentali di un soggetto appartenente alla categoria nemicale, compromettendo il principio di *habeas corpus*, ma dall'altro lato si verifica una differente rigidità, che si concretizza nell'impossibilità di applicare la scienza penale in una visione rieducativa del soggetto nemico, in quanto ormai "escluso" irreparabilmente dalla collettività. Di conseguenza, si verifica in ogni caso una *perdita unilaterale dei diritti fondamentali*. All'interno del diritto internazionale *consuetudinario*, si può scorgere l'assoluta mancanza di necessità di una soluzione tanto estrema, motivata dal fatto che il miglior punto di equilibrio fra esigenze di tutela degli interessi statali ed esigenze di tutela del singolo individuo si ravvisa nelle clausole d'eccezione. Inoltre, il riconoscimento ad ogni singolo Stato del ricorso al principio secondo cui lo stato di necessità, in questo caso il pericolo di sopravvivenza, consente di non rispettare gli obblighi internazionali, tranne quelli derivanti dallo *jus cogens* (art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti: le clausole d'eccezione internazionali rappresentano uno strumento per impedire che le clausole d'eccezione nazionali pregiudichino i principi basilari su cui si fonda la democrazia di uno Stato, violando i più elementari diritti dell'uomo).

Infine, occorre focalizzare l'attenzione su un'ultima questione rilevante ai fini di una corretta analisi del problema delle *chances* di legittimità ipotizzabili per un diritto penale del nemico: riconoscere l'inderogabilità dei diritti umani a livello internazionale. Innanzitutto, l'esistenza di un nocciolo duro di diritti inderogabili che fanno ormai parte del diritto internazionale consuetudinario ha portato all'esistenza, da un lato, di diritti umani considerati inderogabili soltanto da alcune Convenzioni e non da altre, mentre dall'altro lato diritti umani che, pur non essendo espressamente qualificati come inderogabili dalle Convenzioni, sono tali da indurre a ritenere che devono essere necessariamente indero-

sicurezza e diritti dell'uomo, si veda CATALDI G., *Art. 15*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 426; STEWART G.J., *Rethinking Guantanamo*, in «Journal of International criminal justice», 2006, vol. 4, n. 1, p. 12; NUOTIO K., *Terrorism as a catalyst for the emergence, harmonization and reform of Criminal law*, in «Journal of International criminal justice», 2006, vol. 4, n. 5, p. 998; ABRAMS N., *Developments in US Anti-terrorism Law. Checks and balance undermined*, in «Journal of International criminal justice», 2006, vol. 4, n. 5, p. 1117; PATANE V., *Recent Italian efforts to respond to terrorism at the legislative level*, in «Journal of international criminal justice», 2006, vol. 4, n. 5, p. 1166.

gabili. Nello specifico, in relazione al nocciolo duro, occorre menzionare tre specifici trattati: Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione americana dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. All'interno di tali complessi normativi, è possibile scorgere quattro specifici diritti da considerarsi assolutamente inderogabili: il diritto alla vita, il divieto di tortura e di qualsiasi trattamento o punizione inumani e degradanti, la libertà dalla schiavitù e l'irretroattività della norma penale³⁸. Tali diritti sono talmente predominanti, da non potersi considerare solo come norme consuetudinarie internazionali, ma anche norme di *jus cogens*³⁹. La questione affrontata pone però una problematica conclusiva: riconoscere l'esistenza o meno di ulteriori diritti fondamentali inderogabili rispetto a quelli previsti espressamente nei Trattati. Il dubbio che sorge è se il rispetto dell'*habeas corpus*, nello specifico il divieto di privazione arbitraria della libertà personale consistente nell'intangibilità ad un ricorso giudiziario sulla legalità della detenzione, nonché il divieto di privazione del giusto processo, soprattutto nella prospettiva dell'imparzialità e dell'indipendenza del giudice, possano essere derogati o meno in contesti statali emergenziali. Una divergenza d'orientamenti può essere ravvisata a livello comunitario e internazionale, in quanto il Comitato dei diritti dell'uomo e la Commissione sui diritti umani sostengono l'inderogabilità assoluta delle garanzie processuali, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo difende la derogabilità. Infatti, il Comitato dei diritti dell'uomo, nel commento generale all'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici, ha sostenuto in modo assoluto che "gli Stati parte non possono in alcuna circostanza invocare l'articolo 4 della Convenzione come giustificazione per azioni in violazione del diritto umanitario o di norme perentorie del diritto internazionale, come ad esempio la presa di ostaggi, l'imposizione di punizioni collettive, attraverso privazioni arbitrarie della libertà e deviazioni dal principio del giusto processo, comprensivo della presunzione di innocenza. Non solo, ma il Comitato si è più volte pronunciato in merito alla violazione dell'art. 9, par. 4, con riferimento ai soggetti arrestati in base alla legislazione d'emergenza, nonché in relazione all'art. 14, riguardo i requisiti

³⁸ RAMSAY M., *Can the torture of terrorist suspects be justified?*, in «The international journal of human rights», 2006, vol. 10, n. 2, pp. 103-119.

³⁹ Per un approfondimento su tale questione, si veda ORAA J., *Human rights in states of emergency in International law*, Oxford, 1992, p. 96; CATALDI G., *Art. 15*, cit., p. 437; VINUESA R.E., *Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law*, 1998, p. 88; ORAA J., *The protection of human rights in emergency situation under customary international law*, in AA.VV., «The reality of international law – Essays in honour of Ian Brownlie», a cura di GOODWIN G.S. – TALMON S., Oxford, 1999, p. 434.

d'imparzialità e indipendenza del giudice⁴⁰. Allo stesso modo, la Commissione sui diritti umani ha dichiarato che «*gli elementi più importanti degli articoli 9 e 14, come l'habeas corpus, la presunzione d'innocenza e i diritti minimi del giusto processo devono essere interamente rispettati anche durante gli stati d'emergenza*»⁴¹.

Le considerazioni conclusive derivanti dalla concezione del diritto penale del nemico come un "non diritto" comportano l'indicazione di tre differenti accezioni: a) *l'accezione emozionale*, riconducibile alla concezione debole del nemico, in base alla quale il diritto penale del nemico è definibile come un diritto penale tradizionale caratterizzato da una più intensa esaltazione della componente preventiva, con una conseguente maggiore tensione con i principi di garanzia. In questa prima ipotesi, è ipotizzabile la sussistenza di diritti umani inalienabili, che, tuttavia, pur essendo accettati, verrebbero sottoposti a rigide deroghe, inaccettabili in uno stato di diritto; b) *l'accezione tecnica*, ricollegabile a un concetto forte di nemico, in cui il diritto penale del nemico è quello dell'emergenza, cioè quello previsto in deroga ad alcuni principi di garanzia; c) *il modello dell'annientamento del nemico-criminale assoluto*, espressione riconducibile a un diritto penale del nemico assolutamente estraneo a qualunque limite, con una certa violazione dei diritti umani inderogabili. Quest'ultima accezione è la più preoccupante, da considerare propria di una disciplina non giuridica, in quanto volta a giustificare qualunque mezzo⁴².

Infine, la posizione assunta dalla persona-Stato è meritevole di una breve articolazione, in riferimento all'accezione eliminatoria del nemico. Infatti, da un lato l'annientamento può essere praticato dallo Stato nei confronti degli oppositori politici interni, mentre dall'altro lato può essere realizzato verso i nemici esterni, cioè verso coloro contro cui si combatte una vera e propria guerra, indipendentemente dal fatto che sia o meno internazionale. La riflessione che ne consegue è che il diritto penale del

⁴⁰ Per quanto concerne le pronunce relative alla violazione dell'art. 9, par. 4, si ricordi *Torrez Ramirez*, 13 febbraio 1977, ricorso n. 4/1977, Comunicazione su un caso relativo alla dittatura in Uruguay. Per quanto riguarda la violazione dell'art. 14, si ricordi *Polay Campos v. Perù*, 9 gennaio 1998, ricorso n. 577/1994.

⁴¹ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Situation of Detainee at Guantanamo Bay*, E/CN.4/2006/120, 15 February 2006, par. 14. Per un approfondimento, si veda LATTANZI F., *La protezione internazionale della democrazia*, in AA.VV., «Democrazie protette e protezione della democrazia», a cura di DI GIOVINE A., Torino, 2005, pp. 21 ss.; DE SENA P., *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in AA.VV., «Ordine internazionale e valori etici. International order and ethical values», a cura di BOSCHIERO N., Napoli, 2004, pp. 217 ss.

⁴² BARTOLI R., *op. cit.*, p. 59.

nemico, in totale assenza di garanzie, non si traduce mai in guerra, che a sua volta è fondata comunque su una disciplina basata sul rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, bensì in una strategia dell'annientamento del nemico assoluto, che rappresenta la negazione del diritto penale, così come anche la negazione del diritto umanitario⁴³.

L'articolo potrebbe finire qui oppure con un solo capitoletto conclusivo (intitolato: le nuove sfide del diritto penale alla luce dei diritti umani) in cui si riprendono le critiche in modo schematico, non così lungo.

5. *L'orizzonte di una dogmatica penale "garantista" e la pratica globale dei diritti umani*

Alla luce delle analisi svolte, risulta necessario approdare ad una cultura penalistica dei diritti umani, ovvero un punto in cui l'applicazione di un orientamento scientifico volto a eliminare una personalità criminale è offuscato da una rigidità settoriale, basata su una logica nemicale antidemocratica. Inoltre, l'eccessivo scontro fra Stato e nemico impedisce l'applicazione di una dogmatica penale, nonchè di una politica criminale. Ciò è motivato dal fatto che, da un lato, la dogmatica penale sarebbe una scienza compromessa dalla gravità del diritto positivo cui dovrebbe ricollegarsi: se la dogmatica penale analizza i concetti su cui si fonda il diritto vigente, nel diritto penale del nemico si verificherebbe la mancanza di una possibile critica alla violazione di diritti umani, comportando ciò un'assoluta accettazione di principi democratici e garantisti di tutela. Dall'altro lato, la politica criminale sarebbe irrimediabilmente compromessa, in quanto, essendo essa volta a fronteggiare i bisogni di tutela della società civile, verrebbe deviata verso una mera accettazione di una ragion di Stato eccessiva e oltranzista, che non osserva più la collettività come bene giuridico insostituibile, ma lo Stato come potere da salvaguardare, mirando a produrre ogni strategia utile all'eliminazione del nemico. La conseguenza è l'applicazione dell'orientamento della Scuola Classica del diritto penale: entificare la nozione di reato, ponendo successivamente l'attenzione sull'autore del reato come persona, dimenticando un'ipotizzabile categoria nemicale limitativa⁴⁴. La concezione strumentale del diritto penale denota una configurazione differente dal diritto penale

⁴³ MANTOVANI F., *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 707.

⁴⁴ Per un approfondimento, si veda MILITELLO V., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 411.

tradizionale, in quanto la funzione non è più la tutela dei beni giuridici o la giusta regolazione dei rapporti sociali, ma il mezzo per uno scopo differente. Esso non si limita a rinviare a una mera teleologia interna, ma è la norma stessa a essere utilizzata per scopi ad essa esterni. Lo scopo non diventa la mera incriminazione, ma la vittoria contro un “fenomeno” dannoso o pericoloso. Il destinatario finale del diritto di lotta non è l'autore dei fatti di reato coinvolti, ma è principalmente l'organo pubblico ad applicare le norme, quindi lo scopo non è più soltanto combattere la fattispecie criminosa, ma vincere il fenomeno contrastato, e il coinvolgimento riguarda sia il diritto penale sostanziale che il processo⁴⁵.

La prima considerazione conclusiva è quella di impedire categoricamente la normalizzazione di un diritto penale di lotta e del nemico. La concezione parallela di un nemico implicherebbe uno stravolgimento, a livello comunitario e internazionale, della politica criminale adottata nel corso del tempo. Non è difficile ritenere possibile un'accettazione anche minima di tale dimensione. È necessario criticare la teoria jakobsiana sia in relazione alla possibilità di uno spazio giuridico autonomo in cui concepire tale dimensione criminale, sia nella possibilità di una legittimazione teorica carente di umanità. La conseguenza è che non può accogliersi alcuna legittima concezione “binaria” del diritto penale, in quanto verrebbe meno il fondamento stesso di tale settore, ovvero quello di prevenire attraverso la rieducazione, attraverso una pena che è lo strumento per il ritorno ad uno stato soggettivo di legittimità, e non una dimostrazione di una qualche vittoria politica. In ogni caso, anche qualora sussistesse un simile diritto, il dover-essere dovrebbe essere posto in una con-

⁴⁵ KOSTORIS R., *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in «Delitto politico e diritto penale del nemico», a cura di GAMBERINI A. – ORLANDI R., Monduzzi, 2007, p. 293. L'Autore si sofferma, in particolare, sul problema del garantismo processuale. La questione del processo in un diritto penale del nemico è particolarmente complessa, infatti la stessa parola processo richiama quei principi morali ed etici su cui si fonda l'accertamento penale, senza il quale l'applicazione di una pena si trasformerebbe in una cieca sopraffazione, andando a collidere con il brocardo *nulla poena sine iudicio*. Il processo ha ad oggetto un'idea forte, di fronte alla quale anche totalitarismi e dittature si sono fermati, in quanto un processo sommario e inconsistente dissolverebbe la legittimazione di un qualunque potere politico, e che necessita una struttura rituale ben definita e consistente. Nel caso specifico, la ragion di Stato è posta come fondamento della legislazione d'emergenza, con un impatto manifestatosi sul versante processuale nel comporre quel sistema che, in modo indefinito e ambiguo, viene chiamato del “doppio binario”. Non solo, ma repressione e prevenzione tendono a condizionarsi, andando a intrecciarsi fra loro, con una predominanza della prevenzione, che si fonda sui presupposti della pericolosità e del sospetto, entrambi incompatibili con il principio di stretta legalità. Essa è il regno delle valutazioni opinabili e incontrollabili.

dizione di dubbio, in quanto l'indiscutibilità di una norma giuridica non può essere accolta indiscriminatamente, specialmente quando sussiste una sistematicità nell'applicare una sanzione o una pena. La dimensione punitiva risulta segnata dalla sospensione dei diritti fondamentali, quindi dalla stessa violazione dei diritti dell'imputato, che risulta degradato a "oggetto" nella mani dello Stato-carnefice. Si arriva così allo stato di eccezione, che, in concomitanza con il principio di *habeas corpus*, genera un diritto eccezionale e derogativo. La posizione dei diritti umani diviene l'unico vero limite a qualunque potere, arbitrario, consueto o emergenziale che sia. Nel momento in cui non si riconoscono i diritti fondamentali, sorge il dubbio di uno Stato giusto, capace di fronteggiare una pericolosità pubblica senza alcun sacrificio normativo. Di conseguenza, occorre negare anche la legittimazione teorica della concezione nemicale del diritto penale, data la contraddizione in termini che si verificherebbe da un'accettazione, anche meramente descrittiva, di tale possibilità. Ciò posto, è necessario includere nel ragionamento la categoria *fuzzy* del nemico, cioè l'ambiguità nascente da un positivismo criminologico di mera violenza, causando un danno rilevante a livello concettuale. È necessario evitare che si attui una dogmatizzazione del binario jakobsiano, in quanto un assorbimento anche minimo di tale presupposto, genererebbe una possibile logica giuridica antiumanistica⁴⁶.

La seconda considerazione conclusiva mira all'attuazione di un garantismo della punibilità del fatto, escludendo come paradigma normativo la sfera dell'autore, in quanto lo Stato verrebbe contaminato da un'idea falsata del diritto penale, dove la legge contrasta il reato seguendo una logica d'autore offuscante. Il ragionamento più corretto è quello di limitare la nozione di diritto penale del nemico a un diritto invalido e illegittimo, da etichettare come la conseguenza che si genererebbe se lo Stato ignorasse i diritti dell'uomo, e li considerasse "possibilmente" derogabili. Per questo motivo, il diritto penale "deve" essere dialogico, sia per consentire un contraddittorio dinanzi ad un'autorità giurisdizionale terza e avulsa da ogni coinvolgimento giuridico orientativo, sia per garantire un orizzonte rieducativo, in cui il soggetto reo viene posto nella condizione di confrontare il suo comportamento con i valori pubblici violati, in

⁴⁶ DONINI M., *op. cit.*, p. 164. In particolare, l'Autore indica un orientamento di segno contrario, ma pur sempre radicale, che è quello di Eugenio Raùl Zaffaroni, che intende attrarre le misure di sicurezza nella categoria del diritto penale del nemico al fine opposto, cioè per delegittimare nello stesso tempo qualunque funzione di neutralizzazione o di prevenzione speciale negativa del diritto penale, in modo da recuperare un diritto penale talmente pieno di colpevolezza e moralmente giustificato, da rischiare di risultare poco distinguibile dall'etica.

quanto nessuna forza o violenza potrà implicare un'accettazione naturale dei principi morali ed etici⁴⁷.

Una terza considerazione è legata all'annullamento della dicotomia fra cittadino e nemico, in quanto essa mira a mettere in discussione questa pretesa d'incondizionatezza del principio secondo cui ciascun uomo ha diritto ad essere trattato come persona. Se si accetta una tale separazione, non si può più parlare di diritto penale, in quanto la responsabilità penale non viene differenziata a secondo del soggetto a cui si riferisce, ma mette in evidenza una "personalità" che universalizza il soggetto agente come "persona". Di conseguenza, è fondamentale un'attività di controllo sul linguaggio stesso del diritto penale, in quanto è necessario non indicare il criminale e come cittadino e come nemico, ma in base ad un ragionamento giuridico ricollegabile alla mera fattispecie criminosa compiuta⁴⁸. Infatti, il rischio è quello di antologizzare le entità concettuali, causando un irrigidimento dogmatico. Il criminale deve essere trattato come persona, uguale ad ogni altro cittadino nella dignità di persone, titolare dei diritti che le concezioni universalistiche riconoscono legati alla dignità dell'uomo, indipendentemente dalla cittadinanza e dal grado di fedeltà all'ordinamento.

Inoltre, occorre specificare come la pena possa risultare migliorativa del diritto penale, quando restituisce al diritto la sua funzione social-difensiva⁴⁹. Secondo Jakobs, «la pena è coazione che partecipa di diverse nature, intimamente unite in un'unica combinazione. In primo luogo deve distinguersi la coazione in quanto espressiva di un significato, segnatamente di una risposta al fatto di reato: e questo, quale fatto commesso da una persona razionale, ha un significato, è cioè espressione di un'esautorazione della norma, di un attacco alla sua vigenza. Parallelamente, anche la pena ha un significato, segnatamente esprime che l'affermazione del reo è irrilevante e che la norma persiste nella sua vi-

⁴⁷ Per un approfondimento, si veda NAUCKE W., *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in «Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela», a cura di BORRÈ G. – PALOMBARINI G., Franco Angeli Editore, Milano, 1998, pp. 101 ss. È rilevante la posizione di Nauckè, il quale propone una tesi paradigmatica, non tanto per la proposta di abolire le misure, quanto per l'opposizione radicale al diritto penale dello scopo, presente anche nelle misure, ma soprattutto nella sua politicizzazione, nonché evidente nelle incriminazioni del diritto penale moderno.

⁴⁸ PULITANÒ D., *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in «Delitto politico e diritto penale del nemico», *op. cit.*, p. 233.

⁴⁹ D'AGOSTINO F., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli editore, Torino, 1999. Per quanto concerne il rapporto fra pratica dell'eccezione, emergenza e sicurezza statale nell'ordinamento italiano, si veda NAZZARO U., *La funzione «emergenziale» della pena tra «castigo» e «premio»: spunti di riflessione sulla recente «emergenza sicurezza»*, in «Rivista penale», 2009, n. 2, pp. 227 ss.

genza, senza alcuna modificazione, mantenendosi, pertanto, inalterata la configurazione normativa della società»⁵⁰. La rilevanza di tale pensiero necessita di un'adeguata considerazione, alla luce delle conseguenze che ne derivano. La concezione della pena è pienamente punitiva, volta cioè a imporre una forza gerarchica indiscutibile, lontana da ogni principio di ragionevolezza, in quanto inflitta nei confronti del criminale avversario. Si assiste quasi ad una sorta di gioco strategico, in cui il potere politico deve sopraffare un nemico assoluto, irrecuperabile, attraverso l'utilizzo di una sanzione che funge da strumento di tenacia per lo Stato aggredito. Ciò conduce a ritenere necessario un *principio di ragionevolezza*, che si pone come ostacolo principale ad un ipotetico diritto penale del nemico, in quanto un giudizio di costituzionalità risulta essere l'unico strumento volto a prevenire la legittimità di una norma giuridica ostativa dei diritti dell'uomo. Quindi, risulta fondamentale un giudizio di verifica delle conseguenze dell'applicazione giuridica della norma, nonché una verifica della razionalità materiale della prescrizione normativa, cioè della sua capacità di realizzare benessere sociale, collegando in un ragionevole rapporto mezzi e scopi dell'azione statale⁵¹. Questa considerazione ci porta a negare il diritto penale del nemico in funzione della necessità dei diritti umani, che potremmo definire un'articolazione del diritto naturale (*moral rights*). La teoria dello *Stato minimo* va ricollegata al pensiero di Robert Nozick, il quale afferma che «gli individui hanno diritti; ci sono cose che nessuna persona o gruppo di persone può far loro (senza violare i loro diritti). Tali diritti sono tanto forti e di così vasta portata, da sollevare il problema di cosa lo Stato e i suoi funzionari possono fare, se qualcosa possono. Quanto spazio lasciano allo Stato i diritti degli individui?»⁵². Quindi, è necessario evitare che il positivismo criminologico e la dogmatica criminale tornino ad uno stato di natura hobbesiano, in cui la conservazione dello Stato e della collettività non concedono deroghe e garanzie, ma solo una strenua lotta giuridica volta alla neutralizzazione del soggetto nemico. Lo stato di natura deve essere superato dai diritti umani, che devono concepirsi come diritti naturali, ovvero principi insuperabili che non riconoscono eccezioni alla dignità della persona umana⁵³.

⁵⁰ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, in «Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale», DONINI M. – PAPA M. (a cura di), Giuffrè, Milano, p. 5.

⁵¹ VIOLA F., *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «Persona y Derecho», 2002, vol. 46, pp. 35-71.

⁵² NOZICK R., *Anarchia, Stato e Utopia*, Le Monnier, Firenze, 1981.

⁵³ Per un approfondimento sul rapporto tra diritti umani e moral rights, si veda VIOLA F., *Diritti umani: una nuova forma di diritto naturale?*, in ANGELINI G. (a cura di), «La legge naturale. I principi dell'umano e la molteplicità delle culture», Edizioni Glossa, Milano, 2007, p. 137.

6. Conclusioni: l'illuminismo della giustizia penale globale e la predominanza della dogmatica umanistica

La questione conclusiva su cui sorgono molteplici dubbi è l'approdo ad un rinnovamento culturale del diritto penale. In particolare, è utile precisare che la concezione di un equilibrio dogmatico fra diritto penale e diritti umani è oggetto di continue trasformazioni, motivate dai cambiamenti dovuti alla globalizzazione giuridica, soprattutto in riferimento al problema della garanzia indiscriminata dei diritti dell'uomo⁵⁴. Infatti, l'eguaglianza deve essere intesa come principio di riferimento per il trattamento del criminale, al fine di raggiungere una giustizia unitaria: si parla in questo caso di un giudizio *prudenziale*, volto ad assicurare benevolenza e umanitarismo⁵⁵. Inoltre, il rapporto fra eccezione, deterrenza e diritti umani genera collisioni teoriche rilevanti, in quanto, partendo dalla deterrenza della pena certa, la giustificazione del diritto penale deve essere riscontrabile negli effetti dissuasivi nei confronti della generalità dei consociati, della condanna di una singola persona⁵⁶.

La pratica dei diritti umani non deve rappresentare un riferimento scontato e facilmente eludibile, in quanto la teoria di un diritto penale di lotta non rappresenterebbe altro che un monopolio punitivo da parte del potere statale, implicando ciò anche un affievolimento dell'autorevolezza del "processo giusto", sulla base del presupposto che i beni giuridici tutelati dallo Stato sono superiori anche allo Stato stesso, se sono degni di tale tutela. La demonizzazione del nemico comporta la costruzione di un piedistallo normativo, dove lo Stato può tutto, quindi concentrare l'attenzione su una categoria soggettiva *fuzzy*, annullare la predominanza dei beni giuridici fondamentali a fronte di una tutela della persona-Stato. Lo *ius naturale in omnia* sussistente in capo ad ogni individuo delinea la

⁵⁴ Un interessante analisi è ravvisabile nel rapporto del diritto con la globalizzazione. In proposito si veda GALLI C., *Spazio e consenso nella politica globale*, in GHERARDI R. (a cura di), *Politica, consenso, legittimazione. Trasformazioni e prospettive*, Carocci, Roma, 2002, p. 51. L'Autore specifica che se è vero che l'età globale è interpretabile come «l'età in cui tutto può capitare dappertutto e in ogni momento, ad andare in crisi è il presupposto spaziale su cui lo Stato moderno si fonda. Si creano le condizioni per una sostanziale difficoltà a distinguere fra una dimensione interna e una esterna di imprevedibilità e rischio. Il dilemma è la deviazione verso un diritto politico, percepito come una misura insufficiente a risolvere la minaccia, con un possibile ritorno all'utilizzo di strumenti più strettamente politici, come guerra e identificazione del diritto».

⁵⁵ TRUJILLO I., *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁵⁶ STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.

necessità di un *diritto penale dell'aspettativa*, cioè una scienza che garantisca sia il recupero del soggetto delinquente, che un'adeguata tutela dei diritti umani inviolabili, in quanto la concezione della persona in Jakobs risulta falsata, in quanto definita come «*colui che offre una sufficiente garanzia cognitiva di tenere il comportamento che si addice ad una persona, e ciò deriva dall'idea che ogni concetto normativo necessita di una stabilizzazione cognitiva per poter essere reale*»⁵⁷. Questa distinzione è inaccettabile, allo stesso modo della dicotomia espressa dal medesimo fra “fondazione” e “garanzia” dei diritti umani. La soluzione più equilibrata dovrebbe essere quella di concepire una *funzione cognitiva* nel sistema penale, e non nella mera sanzione, è necessario cioè incrementare un illuminismo della dogmatica penale e della politica criminale, sia a livello comunitario che a livello internazionale, basato su una struttura teorica valida e sufficiente a rispondere agli stimoli normativi posti. Inoltre, qualora si verifichi un comportamento criminogeno da parte di uno Stato, volto a sospendere i diritti fondamentali per una situazione pubblica emergenziale, non è accettabile una rassegnazione alla concezione nemica proposta, in quanto necessita un apporto maggiore alle tutele applicabili nei confronti dei soggetti rei o sospetti tali. Infatti, dall'analisi svolta, sembra quasi che anticipazione della tutela penale coincida con la verifica dell'applicabilità dei diritti umani⁵⁸. La conclusione è che il diritto penale *deve* limitare il potere punitivo statale e i fenomeni di espansione antiliberali che possono caratterizzarlo, proprie di quel settore speciale dedicato ai nemici, distruggendo la natura umanistica del diritto penale stesso. Inoltre, si crea un problema di equilibrio fra emergenza e reazione normativa, in quanto il principio di *ultima ratio*, elemento cardinale del sistema penale, indica la necessità di calibrare l'utilizzo di tale strumento a situazioni non diversamente risolvibili. Lo Stato non può prevenire fattispecie

⁵⁷ JAKOBS G., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸ PASTOR R.D., *Diritto penale del nemico*, in «Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale», *op. cit.*, p. 191. In particolare, l'Autore specifica che l'eccezionalità del trattamento va oltre le regole del diritto sostanziale (anticipazione della punibilità, aggravamento della pena, politica di “lotta” e di “combattimento” della criminalità) e si può cogliere chiaramente nella previsione di un numero infinito di misure indifferenziate contenute nella procedura penale. Per un approfondimento, si veda inoltre MARINUCCI G., *Alla ricerca del nemico: da satana al diritto penale cool*, Giuffrè, 2006, pp. 777 ss.; DEMETRIO CRESPO E., *Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”*, in «Nueva Doctrina Penal», 2004/A, 49. In quest'ultimo saggio, l'Autore delinea il diritto penale del nemico come un settore avente ad oggetto una consistente anticipazione della tutela della punibilità, l'adozione di una prospettiva fondamentale futura, un incremento significativo delle pene e l'abbassamento o, addirittura, la soppressione di determinate garanzie processuali individuali.

criminose “atipiche”, ma nel momento in cui si trova dinanzi al delitto compiuto, che necessita di una risposta penalistica “certa”, deve interpretare la norma in modo trasparente e imparziale, non diventando “carnefice del carnefice”, in quanto si creerebbero due figure criminali, il criminale perseguito e lo Stato “giustiziere”.

Infine, è necessario chiedersi se sia perseguibile una giustizia penale globale attraverso una legittimazione universale dell’ordine internazionale nella tutela dei diritti umani. In particolare, le *gross violations of human rights* hanno posto come problema principale l’imperialismo normativo cui possono giungere le istituzioni internazionali, applicando e istituzionalizzando norme penali contrarie alla *rule of law*, baluardo teorico che, in questo caso, contraddistingue il sistema penale come diritto del reato, ponendo l’autore come persona da recuperare alla collettività. In particolare, l’inganno consiste nel presentare il diritto penale, strumento che nel tempo ha violato i diritti umani, come rimedio essenziale per le violazioni dei diritti umani medesimi⁵⁹. Ciò rappresenta necessariamente un’involuzione nella storia della cultura penalistica, in quanto il sistema penale internazionale, governato dal brocardo in *delictis atrocissimis potest iudex iura transgredi* (ragion di stato internazionale), fa regredire l’evoluzione giuridica alla premodernità. Il potere penale internazionale, contrassegnato da un’ideologia orientata alla nozione di punizione infinita, corre il rischio di essere un mero *power without law*, il minimo interesse al raggiungimento di una possibile armonizzazione⁶⁰. Per un sistema penale internazionale credibile, occorre modificare drasticamente le norme che lo compongono per superare il suo attuale stato medievale, la sua politica di *sola ratio*. Di conseguenza, affinché il sistema penale glo-

⁵⁹ Per un approfondimento, si veda TRUJILLO I., *I diritti umani e il problema della legittimità e della giustizia dell’ordine internazionale*, in «Ragion pratica», 2009, n. 1, pp. 15-28. In particolare, l’Autrice specifica che, parlando di *pratica dei diritti*, la concezione della pratica è intesa come una forma complessa di attività umana socialmente stabilita che è volta a realizzare valori propri e immanenti, ed è integrata da una pluralità di norme, ma anche di atti e procedure, ed è riconosciuta e usata dai suoi componenti. Ciò posto, occorre chiedersi quali possano essere le conseguenze di un’applicazione della pratica dei diritti umani nel caso in cui sussista uno stato d’eccezione, ovvero una tutela emergenziale che ponga limiti ai valori che in un determinato momento storico debbano prevalere rispetto ad altri.

⁶⁰ PECCIOLI A., *Il terrorismo quale settore chiave per l’armonizzazione del diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2007, n. 6, p. 801. Per quanto riguarda i problemi derivanti da un rischio di declino verso forme processuali inquisitorie nell’ambito di una situazione statale “emergenziale” ed “eccezionale”, si veda AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003.

bale possa avere un futuro equilibrato, sarebbe opportuno che il potere punitivo si limiti ad applicare le norme dello Statuto della Corte penale internazionale, cancellando l'idea inaccettabile per l'universo culturale penalistico di un diritto penale consuetudinario o tutte quelle fonti pattizie e poco tecniche da un punto di vista giuridico⁶¹.

L'unico modello perseguibile è quello di una democrazia culturale-giuridica basata sulla dogmatica penale "illuministica", che accolga la concezione di soggetti innocenti e soggetti colpevoli, lontana da una Costituzione globale di diritti umani flessibili e funzionale ad una ragion di stato superiore e assoluta.

⁶¹ PASTOR R.D., *op. cit.*, p. 235.