

Diritti umani degli imputati, princìpi di legalità e irretroattività della legge penale ed eccezioni a tali princìpi

Riccardo Pisillo Mazzeschi

1. Premessa

Nel diritto internazionale dei diritti umani vi è uno spazio importante per un gruppo di diritti che attengono alla protezione giudiziaria della persona. Si possono ricordare il diritto di accesso alla giustizia, il diritto alla riparazione per violazione dei diritti umani e, per quanto riguarda in particolare il diritto penale, una serie di diritti che spettano agli imputati nei processi penali. Tra questi diritti, vi sono, ad esempio, la presunzione di innocenza, il diritto di essere informato dell'accusa, il diritto di difesa, il diritto ad un doppio grado di giudizio, il principio del *ne bis in idem*, ecc.

Questi diritti degli imputati nei processi penali sono previsti, in dettaglio, dai principali trattati sui diritti umani; ma non tutti sono entrati a far parte anche del diritto internazionale consuetudinario. Invece, vi sono, a mio avviso, due diritti fondamentali degli imputati che sono stati incorporati dal diritto consuetudinario: quelli che derivano dal principio di legalità penale e dal principio, collegato, di irretroattività dei reati e delle pene. In questo intervento, descriverò brevemente i tratti essenziali di questi princìpi e poi mi concentrerò sulle eccezioni e le presunte eccezioni ai medesimi.

2. I princìpi di legalità e di irretroattività della legge penale

Il principio di legalità, nel campo del diritto penale, si esprime nel brocardo latino *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; cioè nella regola che nessu-

Riccardo Pisillo Mazzeschi, University of Siena, Italy, riccardo.pisillo@unisi.it, 0000-0001-9823-2747

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Diritti umani degli imputati, princìpi di legalità e irretroattività della legge penale ed eccezioni a tali princìpi*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0.05, in Laura Castaldi, Francesco Zini (edited by), *Il principio di retroattività della lex mitior*, pp. 51-64, 2026, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-1043-0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

na persona può essere condannata per un reato o punita con una pena che non fossero già previsti al momento della commissione del reato. Il rispetto dei diritti umani impone un limite necessario all'uso dello strumento sanzionatorio penale: sia il reato che la pena devono essere previsti per legge, per non essere arbitrari (Zagrebel'sky et al. 2019, 260). In altri termini, l'individuo deve essere in grado di prevedere le conseguenze penali della propria condotta. Il principio di legalità è anche collegato al principio di certezza del diritto.

L'altro principio, della irretroattività della legge penale, appare in realtà come un corollario del principio di legalità. Esso significa che nessuna legge penale (sostanziale) può essere applicata ad un reato commesso prima che la legge entrasse in vigore e che eventuali pene più gravi, che siano state emanate dopo la commissione di un reato, non sono applicabili a tale reato.

Questi principi derivano da una lunga tradizione storica di tutela dell'individuo dal potere arbitrario dello Stato nei confronti dei propri cittadini (Pustorino 2022, 187) e sono contenuti in molte carte costituzionali¹.

A livello internazionale, i due principi sono incorporati nei più importanti atti e trattati internazionali sui diritti umani. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 11(2), enuncia che:

Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso.

Con una formula quasi identica, la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), all'art.7(1), stabilisce che:

Nessuno può essere condannato per una azione o omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, all'art.15(1), stabilisce che:

Nessuno può essere condannato per azioni o omissioni che, al momento in cui sono state commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena maggiore di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne.

Norme simili sono contenute nella Convenzione americana dei diritti umani (art. 9); nella Carta africana dei diritti umani e dei popoli (art. 7(2)), nella Carta araba dei diritti umani (art. 15), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

¹ In Italia vedi l'articolo 25 della Costituzione. Vedi anche gli articoli 1 e 2 del codice penale.

Europea (art. 49), nello Statuto della Corte penale internazionale (artt. 22-24), nella IV Convenzione di Ginevra del 1949 (artt. 65 e 67).

Tuttavia, i principi di legalità e di irretroattività della legge penale, come vedremo meglio in seguito, prevedono due eccezioni o presunte eccezioni: a) la regola della *lex mitior*; b) la regola delle condotte ritenute criminali secondo i principi generali di diritto. Questo intervento si occupa soprattutto di tali eccezioni (par. 5). Ma prima conviene parlare brevemente del concetto di illecito penale (par. 3) e dei requisiti richiesti dal principio di legalità (par. 4).

3. Il concetto di illecito penale

I due principi sopra indicati si applicano alle persone accusate di illeciti penali; ma il concetto di «illecito penale» può cambiare a seconda dei diversi ordinamenti giuridici. Pertanto si pone il problema di definire tale concetto sulla base di un certo ordinamento. Gli organi internazionali di controllo sui diritti umani adottano una qualificazione in gran parte 'autonoma' del concetto di «illecito penale». Ciò significa che tali organi, nel decidere sulla natura penale dell'illecito, non sono vincolati alla qualificazione adottata dall'ordinamento interno dello Stato interessato. Altrimenti, l'applicazione delle norme internazionali risulterebbe disuguale tra i diversi Stati.

Più in particolare, per definire la materia penale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani ha individuato tre criteri (i c.d. criteri Engel): a) la qualificazione giuridica dell'illecito adottata dal diritto interno dello Stato in questione; b) la natura dell'illecito, cioè il fatto che la norma violata abbia destinatarietà generale (e non limitata) e abbia scopo repressivo e punitivo (e non restitutorio o risarcitorio); c) la natura e il grado di severità della sanzione². Questi criteri sono alternativi, nel senso che la natura penale dell'illecito può essere dedotta sulla base di un solo criterio; ma un esame cumulativo può essere adottato quando nessun criterio da solo offra una risposta sicura (Zagrebel'sky et al. 2019, 256).

Anche il Comitato dei diritti umani tende ad adottare una qualificazione 'autonoma' del concetto di «illecito penale»³. Ad esempio, nel caso *Niftaliyev* il Comitato ha detto:

The Committee recalls, however, that, although criminal charges relate in principle to acts declared to be punishable under domestic criminal law, the concept of «criminal charge» must be understood within the meaning of the

² Vedi Corte Europea dei diritti umani, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, par. 80-83; *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, par. 50-52; *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, par. 82; *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, par. 94-99. Sul concetto di «materia penale» nella giurisprudenza della Corte vedi, ampiamente, Manes (2012, 259-72).

³ Vedi, ad es., Comitato dei diritti umani, General Comment No. 32, 2007, par. 15; *Niftaliyev e altri c. Azerbaijan* (CCPR/C/134/D/3094/2018), par. 8.5; *Suleymanova e Israfilova c. Azerbaijan* (CCPR/C/133/D/3061/2017), par. 6.5; *Matskevich c. Belarus* (CCPR/C/139/D/2730/2016), par. 6.7; *Kazal c. Australia* (CCPR/C/138/D/3088/2017), par. 7.5-7.6.

Covenant, independently of the categorizations employed by the domestic legal systems of States parties [...] The Committee also recalls that the notion of a criminal charge may therefore extend to sanctions that, regardless of their qualification under domestic law, must be regarded as penal in nature because of their purpose and character or severity⁴.

Pertanto, la qualificazione autonoma dell'illecito fa sì che una norma nazionale, o un'interpretazione nazionale, che escluda la natura penale di un illecito possa essere riesaminata dagli organi internazionali di controllo e che essi qualifichino come «penali» norme nazionali che riconducono certi illeciti nel campo del diritto amministrativo o del diritto tributario (Pustorino 2022, 188). Ad esempio, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che assumessero carattere penale certe sanzioni, come le soprattasse fiscali, se hanno finalità repressiva⁵, la sospensione o il ritiro della patente di guida⁶, e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato come pena sostitutiva della detenzione⁷.

Di particolare interesse è il caso *Grande Stevens e altri*⁸, nel quale si discuteva circa la natura penale o amministrativa di certe sanzioni comminate ai ricorrenti dalla CONSOB, per asserite manipolazioni del mercato. La Corte di Strasburgo ha accertato che tali sanzioni sono qualificate come «amministrative» nel diritto italiano. Tuttavia, ha ritenuto che esse perseguissero uno scopo preventivo e repressivo e che esse rientrassero, per la loro severità, nell'ambito della materia penale. Circa la severità della sanzione, la Corte ha precisato che: «[...] il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è *a priori* passibile la persona interessata [...] e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta» (par. 98).

4. Requisiti richiesti dal principio di legalità

Un problema interessante si pone circa i requisiti richiesti affinché sia rispettato il principio di legalità penale. Tale principio deve valere non solo sul piano formale, ma anche su quello sostanziale. Ciò significa che non è sufficiente che uno Stato abbia certe norme penali; esso deve avere norme penali che siano accessibili, chiare e prevedibili, in modo tale da poter essere facilmente conoscibili da parte dei destinatari⁹.

⁴ Comitato dei diritti umani, *Niftaliyev e altri c. Azerbaijan* (CCPR/C/134/D/3094/2018), par. 8.5.

⁵ Corte europea dei diritti umani, *Kiiveri c. Finlandia*, 10 febbraio 2015, par. 29-33.

⁶ Corte europea dei diritti umani, *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015, par. 28-32.

⁷ Corte europea dei diritti umani, *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, par. 32-44.

⁸ Corte europea dei diritti umani, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014.

⁹ Vedi, ad es., Corte europea dei diritti umani, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, par. 25, 40-41, 52; *Del Río Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, par. 77-80; *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008, par. 70-71; *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010, par. 185. Vedi anche Comitato dei diritti umani, General Comment No. 29, 2001, par. 7; *Bratsylo ed altri c. Federazione Russa*, 27 marzo 2024 (CCPR/C/140/D/3022/2017), par. 8.5.

I criteri di accessibilità, chiarezza e prevedibilità delle norme penali si applicano non soltanto alle norme scritte, ma anche alle interpretazioni giurisprudenziali. Tale giurisprudenza può anche essere evolutiva, purché il suo risultato sia coerente con la sostanza dell'incriminazione e ragionevolmente prevedibile (Zagrebel'sky *et al.* 2019, 263). Nel caso *Vasiliauskas*, ad esempio, la Corte europea dei diritti umani ha detto:

[...] however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances [...] the progressive development of the criminal law through judicial interpretation is a well-entrenched and necessary part of legal tradition¹⁰.

Invece, non è ammessa l'interpretazione estensiva e analogica circa la definizione dell'illecito o della pena¹¹.

Si noti infine che l'art. 7 della CEDU e l'art. 15 del Patto sui diritti civili e politici elencano anche il diritto internazionale tra le fonti del diritto penale. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, il diritto internazionale è stato applicato specie con riferimento ai crimini di guerra ed ai crimini contro l'umanità commessi durante o dopo la Seconda guerra mondiale. Su questo punto ritornerò (*infra*, par. 5.2).

5. Le eccezioni e le presunte eccezioni ai principi di legalità e irretroattività della legge penale

5.1. La regola della *lex mitior*

Una prima eccezione ai due principi, e specie a quello di irretroattività, è costituita dalla regola della *lex mitior*. Essa significa che una legge penale favorevole al reo può retroagire nel tempo e quindi avere effetto anche per le condotte, attive o passive, creatrici di reato, compiute prima dell'entrata in vigore della legge più favorevole al reo. La *lex mitior* può consistere sia in un'abrogazione della fattispecie di reato sia in una riduzione della pena.

In alcuni trattati sui diritti umani, la regola della *lex mitior* è espressamente prevista. Ad esempio, l'art. 15(1) del Patto sui diritti civili e politici stabilisce, tra l'altro, che: «Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

In maniera simile, l'art. 49(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE stabilisce, tra l'altro, che: «Se, dopo la commissione di un illecito penale, il diritto prevede una pena più lieve, tale pena sarà applicabile».

Norme analoghe sono contenute nella Convenzione americana dei diritti umani (art. 9) e nello Statuto della Corte penale internazionale (art. 24(2)) come uno dei principi generali del diritto penale.

¹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Vasiliauskas c. Lituania*, 20 ottobre 2015, par. 155.

¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Baskaya e Okçouglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, parr. 41-43.

Invece, la regola della *lex mitior* non è prevista espressamente nella Convenzione europea dei diritti umani. Ciò può apparire sorprendente; ma il motivo sta nel fatto che, nel 1950, quando la Convenzione fu firmata, tale regola non trovava fondamento né nei diritti interni di molti Stati parti della Convenzione, né a livello internazionale. E, in effetti, la Corte europea dei diritti umani ha sostenuto, in un primo tempo, fino al 2003, che l'art. 7 della CEDU non consentiva la retroattività del trattamento più favorevole¹².

Tuttavia, nel frattempo, alcuni cambiamenti importanti si verificavano a livello europeo e internazionale. Un primo cambiamento si realizza nel 2005 nel diritto dell'Unione Europea, con la sentenza della Corte di giustizia *Berlusconi, Dell'Utri ed altri*¹³. In breve, il Governo italiano aveva modificato le norme sul falso in bilancio, in particolare sulle false comunicazioni sociali, trasformando il delitto in contravvenzione. Queste modifiche generavano un possibile effetto di retroattività penale della *lex mitior*. Infatti, due tribunali e la Corte di Cassazione rimettevano la questione alla Corte di giustizia, la quale, per quanto qui ci interessa, accoglieva il principio di retroattività penale della *lex mitior*, sostenendo che esso fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Secondo la Corte di giustizia:

[...] il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali di diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario (parr. 68-69).

Altri mutamenti del quadro internazionale ed europeo si verificavano con l'entrata in vigore della Convenzione americana dei diritti umani, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dello Statuto della Corte penale internazionale.

Anche in conseguenza di tali cambiamenti, nel 2009 la Corte europea dei diritti umani ha cambiato la propria giurisprudenza in materia di *lex mitior*. Nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n.2), la Corte europea ha detto che:

Agli occhi della Corte, è coerente con il principio di preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò

¹² Vedi Commissione europea dei diritti umani, *X c. Germania*, 6 marzo 1978; Corte europea dei diritti umani, *Le Petit c. Regno Unito*, 5 dicembre 2000; *Zaprianov c. Bulgaria*, 6 marzo 2003.

¹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Berlusconi, Dell'Utri ed altri*, 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare ad infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive¹⁴.

Pertanto, la Corte europea ha fondato la regola della *lex mitior* su un'interpretazione dinamica ed evolutiva dell'art. 7 della CEDU. Secondo la Corte, poiché la Convenzione europea costituisce un sistema per la protezione dei diritti umani, si deve avere riguardo ai cambiamenti delle condizioni esistenti negli Stati membri e ad ogni emergente consenso circa gli standard di tutela da raggiungere. Nell'opinione della Corte, è di cruciale importanza che la Convenzione sia interpretata e applicata in maniera tale da rendere i diritti elencati pratici ed effettivi. Un mancato approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di costituire un ostacolo alla riforma e al miglioramento (Baumbach 2011, 135).

Inoltre, con un passo ulteriore, nella sentenza *Scoppola*, la Corte europea ha esteso la regola della *lex mitior* anche alle modifiche legislative del diritto penale processuale, quando tali modifiche influenzano anche il diritto penale sostanziale. Infatti, nel caso *Scoppola* le modifiche legislative riguardavano riduzioni di limiti al rito abbreviato previsto dal codice di procedura penale. Infine, si noti che la Corte europea ha ritenuto che il principio della *lex mitior* fosse uno dei «*core rights*» della Convenzione che non ammettono alcuna deroga (Bin 2014, 3).

A mio parere, la nuova giurisprudenza della Corte europea deve essere approvata. Infatti la regola della *lex mitior* trova il suo fondamento in esigenze di giustizia sostanziale e nel principio di uguaglianza. Se la valutazione del legislatore circa il disvalore del reato cambia nel tempo, tale cambiamento deve andare a vantaggio anche di chi ha commesso il reato in un momento precedente (Zagrebel'sky et al. 2019, 271). Tuttavia, come è stato notato in dottrina (Manes 2012, 285), la sentenza *Scoppola* riguarda l'accoglimento della regola della *lex mitior* in un caso di successione nel tempo di leggi modificative del diritto penale. Tale soluzione può essere estesa agevolmente all'ipotesi di *abolitio criminis*; ma restano da definire i limiti di operatività della regola, specie con riferimento al limite del giudicato.

Più recentemente, la Corte europea dei diritti umani, con la sentenza *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, ha stabilito i criteri di valutazione della *lex mitior*¹⁵. I ricorrenti, rei confessi di crimini di guerra avvenuti tra il 1992 e il 1995 in Bosnia-Erzegovina, lamentavano il fatto che la Corte di Stato bosniaca aveva loro applicato il codice penale del 2003 invece che quello del 1976, che essi ritenevano meno severo rispetto al successivo. Le norme dei due codici si differenziavano solo nella previsione dei minimi e massimi edittali della pena. Secondo la Corte europea, non si devono comparare le norme astratte delle diverse discipline succedutesi nel tempo, ma occorre invece raffrontare i risultati concreti che deriverebbero all'imputato dall'applicazione effettiva dell'una o dell'altra

¹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Scoppola c. Italia* (n.2), 17 settembre 2009, par. 108.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013, parr. 65-75.

disciplina¹⁶. Poiché agli imputati sarebbero state applicate in concreto le pene minime che erano previste dal codice del 1976, si era verificata una violazione della regola della *lex mitior*, incorporata nell'art. 7 della CEDU.

La giurisprudenza successiva della Corte di Strasburgo ha confermato, con sicurezza, che dall'art. 7 della CEDU si deve dedurre la regola della *lex mitior*¹⁷. La Corte ha anche affermato che tale regola costituisce un principio fondamentale del diritto penale:

La Cour rappelle également que [...] un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce [...] est devenue un principe fondamental du droit pénal¹⁸.

Conviene adesso chiederci se la regola della *lex mitior* sia divenuta una norma generale del diritto internazionale dei diritti umani. La risposta non è facile, poiché la giurisprudenza più ampia è quella della Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, oltre alle numerose sentenze della Corte europea, si segnalano anche alcuni casi decisi dal Comitato dei diritti umani¹⁹, dalla Corte interamericana dei diritti umani²⁰ e dalla Corte di giustizia dell'UE²¹. Nel complesso, questa prassi giurisprudenziale e quasi-giurisprudenziale è piuttosto significativa. Infine, si deve anche considerare il fatto che la regola della *lex mitior* è prevista, in maniera esplicita o implicita, nei principali trattati sui diritti umani e sul diritto internazionale penale. Da tali trattati e dalla prassi si può forse dedurre un'*opinio iuris* della comunità internazionale favorevole all'esistenza della regola nel diritto consuetudinario.

5.2. Le condotte ritenute criminali secondo i principi generali di diritto

Una seconda, possibile, eccezione ai principi di legalità e irretroattività della legge penale è data da una clausola controversa, contenuta nella Convenzione

¹⁶ Questa soluzione è anche quella che prevale, in dottrina e giurisprudenza, nel diritto penale italiano. Vedi Bin (2014, 3-4).

¹⁷ Vedi, *inter alia*, Corte europea dei diritti umani, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, par. 28; *Koprivnikar c. Slovenia*, 24 gennaio 2017, par. 49; *Parmak e Bakir c. Turchia*, 3 dicembre 2019, par. 64; *Jidic c. Romania*, 18 febbraio 2020, par. 80; *Cesarano c. Italia*, 17 ottobre 2024, par. 62.

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, par. 28.

¹⁹ Comitato dei diritti umani, *Gavrilin c. Bielorussia*, 28 marzo 2007 (CCPR/C/89/D/1342/2005), parr. 8.2 e 8.3; *Tofanyuk c. Ucraina*, 20 ottobre 2010 (CCPR/C/100/D/1346/2005), parr. 11.2 e 11.3; *Alekperov c. Federazione Russa*, 21 ottobre 2013 (CCPR/C/109/D/1764/2008), parr. 9.8 e 9.9; *V.K. c. Federazione Russa*, 30 marzo 2016 (CCPR/C/116/D/2411/2014), par. 6.9; *Bratsylo c. Federazione Russa*, 27 marzo 2024 (CCPR/C/140/D/3022/2017), par. 8.5.

²⁰ Corte interamericana dei diritti umani, *Wong Ho Wing c. Peru*, 30 giugno 2015, Series C No. 297, parr. 149-151.

²¹ Vedi, *inter alia*, Corte di giustizia dell'Unione europea, *Paoletti et al.*, 6 ottobre 2016, causa C-218/15. In tale sentenza la Corte ha ricondotto il principio della *lex mitior* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e quindi ai principi generali di diritto dell'Unione.

europea dei diritti umani, nel Patto sui diritti civili e politici e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che riguarda i principi generali di diritto. Tale clausola è definita talora come di «eccezione» e talora come di «precisazione», a seconda delle diverse teorie sulla sua natura (v. *infra*).

Il par. 2 dell'art. 7 della CEDU recita:

Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o d'una omissione, che, al momento di cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Secondo l'art. 15(2) del Patto sui diritti civili e politici:

Nulla nel presente articolo preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti o omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni.

L'art. 49(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE contiene una clausola simile. Pertanto, in base a tali clausole, i principi di legalità e di irretroattività della legge penale non escludono la possibilità di processare e punire condotte che, al tempo della loro realizzazione, non erano previste come reati dalle norme statali vigenti, ma costituivano un crimine «secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» o «secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni».

Lo scopo di queste disposizioni è piuttosto chiaro; e risulta specie dai lavori preparatori della CEDU. Si intendeva giustificare i processi di Norimberga e di Tokyo e le leggi emanate dopo la Seconda guerra mondiale per sanzionare i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità commessi da esponenti delle potenze sconfitte. Come è noto, tali processi e tali leggi avevano sollevato alcuni dubbi circa il rispetto dei principi di legalità e di irretroattività della legge penale. Pertanto, per confutare tali dubbi, si doveva escludere la radicale e incondizionata applicazione di tali principi. In altri termini, le clausole in oggetto hanno uno scopo, in un certo senso, opposto rispetto a quello della regola sulla *lex mitior*. Esse infatti, anziché favorire l'imputato, vogliono assicurare che costui riceva una punizione adeguata se commette un crimine internazionale.

Tuttavia, le disposizioni sopra citate sollevano alcuni difficili problemi.

Il primo problema riguarda il significato delle espressioni quasi identiche «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» e «principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni». Queste formule richiamano l'art. 38 (1) (c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che elenca i principi in questione tra le fonti del diritto internazionale applicabili da parte della Corte. Tuttavia il contenuto di tali principi è assai controverso sia nella dottrina che nella giurisprudenza internazionale (v., per tutti, Nicosia 2012, 288-9).

L'interpretazione prevalente è che le formule si riferiscano ai principi generalmente applicati dagli Stati nel proprio ordinamento interno (in foro domestico). Ma, secondo un'altra opinione, l'art. 38 (1) (c) farebbe riferimento anche

ai principi sanciti direttamente dal diritto internazionale generale (Van Dijk et al. 2018, 665). Secondo altri ancora, tali principi non avrebbero autonomia come fonti, ma si identificherebbero con il diritto internazionale consuetudinario. Infine, vi è anche l'opinione di chi ritiene che le formule facciano riferimento soltanto ai principi comuni degli Stati in tema di repressione dei crimini internazionali (De Sena 1998, 414-23). Queste diverse tesi incidono evidentemente sull'interpretazione delle clausole in oggetto.

Un secondo problema riguarda l'ambito di applicabilità «temporale» delle clausole (Bernardi 2001, 300; Nicosia 2012, 291).

Secondo alcuni autori, tesi a privilegiare le origini delle clausole, esse presenterebbero sostanzialmente un interesse storico, poiché sarebbero riferibili ai c.d. principi di Norimberga in materia di crimini di guerra e contro l'umanità. E quindi esse si applicherebbero soltanto ai crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale. Invece, la dottrina prevalente ritiene che le clausole abbiano un ambito di applicazione più ampio, e cioè che esse siano applicabili anche a crimini internazionali di altra natura (ad es., tortura, discriminazione razziale) e soprattutto anche al di là del momento storico legato alla fine della Seconda guerra mondiale.

La Corte europea dei diritti umani ha sostenuto per molto tempo questa seconda tesi²². Infatti, la giurisprudenza della CEDU, durante un primo periodo, aveva riguardato episodi attinenti alla Seconda guerra mondiale; ma successivamente essa si era estesa anche ad altri crimini e ad altri periodi. In particolare, dopo il crollo dei regimi comunisti filosovietici dell'Europa orientale, i giudici nazionali avevano condannato penalmente alcuni esponenti di tali regimi per crimini contro l'umanità. Tali condanne avevano generato numerosi ricorsi alla Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, si deve notare che, più recentemente, la Corte europea sembra aderire alla tesi, più restrittiva, secondo cui le clausole in oggetto si applicherebbero soltanto ai crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale²³.

Infine, un terzo problema, probabilmente il più dibattuto, riguarda la natura delle clausole e il loro rapporto con i due principi fondamentali di legalità e di irretroattività della legge penale (Nicosia 2012, 289-90).

Secondo una prima tesi, tali clausole costituirebbero una vera e propria eccezione a tali principi. Il richiamo ai principi generali di diritto permetterebbe, cioè, di giudicare e condannare individui accusati di crimini internazionali in assenza di norme nazionali o internazionali che vietino tali crimini (tesi della

²² Corte europea dei diritti umani, *Naletilić c. Croazia*, 4 maggio 2000; *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006; *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006.

²³ Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010; *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013. Ma, in quest'ultima sentenza si segnalano le opinioni concorrenti dei giudici Pinto de Albuquerque e Vučinić, che sostengono la riferibilità dell'art. 7(2) anche a vicende successive alla Seconda guerra mondiale, purché i principi generali di diritto siano sufficientemente accessibili e prevedibili sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa degli Stati membri.

natura derogatoria delle clausole) (Bernardi 2001, 298; Harris et al. 2018, 500; Van Dijk et al. 2018, 664 ss.).

Sulla base di una seconda tesi, invece, si ritiene che le clausole in questione non costituiscano un'eccezione o deroga ai principi di legalità e di irretroattività; ma si limitino a precisare e rafforzare il significato di tali principi. Cioè che esse servano a chiarire che la nozione di diritto internazionale include anche i principi generali di diritto, oltre al diritto consuetudinario e pattizio. In altri termini, si sostiene che le clausole servano a chiarire l'autonomia, come fonte, dei principi generali di diritto (tesi della natura esemplificativa delle clausole) (Zagrebel'sky et al. 2019, 272; Pisillo Mazzeschi 2023, 324). Secondo altri ancora, la clausola dell'art. 7(2) della CEDU dovrebbe essere interpretata come norma di coordinamento e di bilanciamento tra il principio di irretroattività della legge penale e i principi generali di diritto comuni agli Stati membri in tema di crimini *iuris gentium* (De Sena 1998, 414-23).

A mio parere, la tesi della natura esemplificativa delle clausole è confortata dalla giurisprudenza, talora in maniera implicita e talora espressamente. Farò solo alcuni esempi relativi a decisioni della Corte europea dei diritti umani.

Nel caso *Kolk e Kislyiy c. Estonia*²⁴, i ricorrenti erano stati condannati dai giudici estoni per crimini contro l'umanità, per aver partecipato nel 1949, come funzionari ministeriali, alle operazioni di deportazione di civili estoni verso zone remote dell'URSS. I ricorrenti sostenevano che i fatti da loro commessi non costituivano crimini contro l'umanità sulla base del diritto interno e internazionale vigenti all'epoca dei fatti. La Corte ha invece ritenuto che i fatti contestati fossero crimini contro l'umanità ai sensi del diritto internazionale vigente all'epoca della loro commissione e ha dichiarato il ricorso inammissibile.

Nel caso *Penart c. Estonia*²⁵, il ricorrente era un ufficiale capo del Dipartimento Elva, che operava agli ordini del Ministero degli Interni estone, e che era stato condannato per avere diretto operazioni volte ad uccidere cittadini estoni membri della resistenza contro il regime sovietico. La Corte europea ha ritenuto inammissibile il ricorso poiché i fatti imputati, seppure non puniti dal codice penale all'epoca vigente, rappresentavano già a quel tempo crimini contro l'umanità riconosciuti dal diritto internazionale.

Nel caso *Kononov c. Lettonia*²⁶, la Corte europea ha ritenuto che i fatti attribuiti all'imputato costituissero crimini di guerra, ai sensi del diritto internazionale vigente all'epoca in cui essi vennero commessi. Pertanto, ha ritenuto che non vi fosse stata una violazione dell'art. 7, par. 1, della CEDU, e che non fosse necessario esaminare la condotta del ricorrente ai sensi del par. 2 dell'art. 7. Circa quest'ultima disposizione, la Corte ha precisato che:

²⁴ Corte europea dei diritti umani, *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006. Vedi. anche *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008.

²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006.

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010.

[...] the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner [...] the *travaux préparatoires* to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which [...] were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes [...] (par. 186).

Nel già citato caso *Maktouf e Damjanović*²⁷, la Corte europea è stata ancora più chiara, poiché ha affermato che:

[...] l'art. 7 § 1 può ritenersi esporre la regola generale della non retroattività e [...] l'art. 7 § 2 non è altro che una precisazione contestuale della parte della regola relativa alla responsabilità, aggiunta per togliere ogni dubbio riguardante la validità delle azioni penali avviate dopo la Seconda guerra mondiale contro gli autori di sevizie commesse durante la guerra [...] Così, è chiaro che gli autori della Convenzione non avevano l'intenzione di predisporre un'eccezione generale alla regola della non retroattività (par. 72).

Come si vede, da queste sentenze, e più generalmente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, risulta che la Corte, quando ha dovuto affrontare casi nei quali veniva in luce la questione circa la possibile applicazione retroattiva del diritto penale in relazione a crimini internazionali, ha di solito affermato che gli Stati potevano giudicare gli autori dei crimini, poiché essi erano già previsti dal diritto internazionale al momento della loro commissione.

Pertanto, si può concludere che le clausole in oggetto non sono state applicate a titolo di eccezione al principio di irretroattività del diritto penale; ma piuttosto allo scopo di precisare che, tra le fonti del diritto internazionale, vanno compresi anche i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Secondo alcuni, questa precisazione sarebbe inutile. Invece, a mio parere, essa è utile, poiché, come si è detto, vi è controversia circa la natura e l'esistenza stessa di questa fonte del diritto internazionale.

Infine, si deve notare che il riferimento a questa fonte è importante, perché consente maggiore flessibilità nell'applicazione del diritto internazionale, specie considerando che, in materia penale, l'apporto dei principi derivanti dagli ordinamenti statali può essere assai significativo. Tuttavia, si deve ammettere che tale flessibilità presenta anche alcuni aspetti critici. Infatti, resta viva una tensione tra i principi di legalità e di irretroattività, da una parte, e gli obblighi internazionali di punizione adeguata dei crimini internazionali, dall'altra parte. In particolare, rimane il problema se, per gli individui privati, siano effettivamente accessibili, chiare e prevedibili le norme consuetudinarie e i principi generali di diritto che stabiliscono i crimini internazionali e le relative pene, quando manchino analoghe norme negli ordinamenti nazionali.

²⁷ Corte europea dei diritti umani, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013.

Riferimenti bibliografici

- Baumbach, Trine. 2011. "The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the Scoppola v. Italy Case." *Nordic Journal of International Law* 80(2): 125-42.
- Bernardi, Alessandro. 2001. "Articolo 7. Nessuna pena senza legge." In *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti, e Guido Raimondi, 249-306. Padova: CEDAM.
- Bin, Ludovico. 2014. "'Formula di Radbruch', principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina." *Diritto penale contemporaneo online*: 1-21, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1396873525BIN_2014.pdf (2026-05-08).
- Bohlander, Michael. 2011. "Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law: The Lex Mitior Principle and the Impact of Scoppola v Italy No.2." *Criminal Law Review* 8: 627-41.
- Campodonico, Francesco. 2017. "Irretroattività della lex mitior: la CGUE segue la Cassazione." *Diritto pubblico comparato ed europeo on line* 29(2): 111-4, <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/369/360> (2026-05-08).
- De Sena, Pasquale. 1998, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione di crimini contro l'umanità: in margine al caso *Touvier*." *Rivista di diritto internazionale* 81: 392-428.
- Harris, David, O'Boyle, Michael, e Colin Warbrick. 2018. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Kälin, Walter, e Jörg Künzli. 2019. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Manes, Vittorio. 2012. "Articolo 7 (parr. I-XV)." In *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, e Vladimiro Zagrebelsky, 258-88. Padova: CEDAM.
- Mazzacupa, Francesco. 2011. "L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo." In *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes, e Vladimiro Zagrebelsky, 411-42. Milano: Giuffrè.
- Mazzacupa, Francesco. 2013. "La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata la c.d. formula di Radbruch. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina." *Diritto penale contemporaneo online* 1-2. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2470-la-corte-europea-torna-sul-principio-di-legalita-della-pena-e-chiarisce-la-portata-della-cd-formula> (2026-05-08).
- Merrills, John G., e Arthur H. Robertson. 2001. *Human rights in Europe: A study of the European Convention on Human Rights*. Manchester: Manchester University Press.
- Nicosia, Emanuele. 2012. "Articolo 7 (par. XVI)." In *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, e Vladimiro Zagrebelsky, 288-97. Padova: CEDAM.
- Rainey, Bernadette, Wicks, Elisabeth, e Clare Ovey. 2017. *Jacobs, White and Ovey the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Pisillo Mazzechi, Riccardo. 2023. *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*. Torino: Giappichelli.

- Pustorino, Pietro. 2022. *Tutela internazionale dei diritti umani*. Bari: Cacucci.
- Rosanò, Alessandro. 2017. "Principle of *lex mitior*, Is that you? – Case note on C-218/15, Paoletti and others." *New Journal of European Criminal Law* 8: 6-13.
- Tesauro, Giuseppe, e Patrizia De Pascale. 2019. "Rapporti tra corti e retroattività della *lex mitior*." *I Post di AISDUE*, I (2019): 27-38. https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2019/05/003_Tesauro-DePasquale.pdf (2026-05-08).
- Van Dijk, Pieter, Van Hoog, Fried, Van Rijn, Arjen, e Leo Zwaak (eds). 2018. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia.
- Zagrebel'sky, Vladimiro. 2011. "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale." In *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes, e Vladimiro Zagrebel'sky, 69-107. Milano: Giuffrè.
- Zagrebel'sky, Vladimiro, Chenal, Roberto, e Laura Tomasi. 2019. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghì, Claudio, e Lina Panella. 2019. *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. Torino: Giappichelli.