

“Overruling giurisprudenziali delle Corti nazionali e prevedibilità delle modalità esecutive della pena: la Grande Camera, nel caso Del Rio Prada, amplia il perimetro di applicazione dell’art. 7 della CEDU”.

(Nota a sentenza Grande Camera CEDU,21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna)

Sommario: 1) Introduzione. Il caso deciso. 2) La “base legale” nel quadro della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo. 3) Le nuove tappe della tutela del principio di irretroattività della legge penale nella sentenza Del Rio Prada.

1. Introduzione. Il caso deciso.

La Grande Camera ha confermato la precedente sentenza della III sezione della Corte Europea dei diritti dell’Uomo, emessa il 10 luglio 2012, con la quale era stata dichiarata la violazione dell’art. 7, par. 1 CEDU, a seguito del ricorso di una detenuta spagnola accusata di reati di terrorismo (Ines Del Rio Prada). In favore di quest’ultima, condannata- dopo l’arresto avvenuto nel 1987- per ventitré omicidi e svariati tentativi di omicidio ricollegati alla sua militanza nelle file dell’ETA, era stato applicato l’art. 70, secondo comma del codice spagnolo del 1973, che consente il cumulo giuridico delle pene inflitte in separati procedimenti penali, sino a pervenire alla sanzione massima di trenta anni di reclusione. La detenuta aveva, pertanto, invocato l’applicazione del beneficio della *redencion de penas per trabajo*, a mente del quale ogni giornata di lavoro intramuraria peremette lo sconto di pena di un giorno; beneficio abrogato dal riformato codice penale spagnolo del 1995, ma mantenuto in vita in via transitoria per i detenuti condannati antecedentemente all’entrata in vigore della novella più restrittiva. La condannata presentava nel 2008 una richiesta di liberazione anticipata, provvedendo ad allegare i vari provvedimenti della magistratura di sorveglianza spagnola con i quali era stata ammessa a prestare lavoro penitenziario, con conseguente applicazione delle riduzioni di pena. Nondimeno, in applicazione di un mutato orientamento giurisprudenziale delle Corti spagnole, inaugurato nel 2006, nei confronti di un altro terrorista basco, Henri Parot, l’*Audencia Nacional* aveva respinto la richiesta. L’interpretazione dei Giudici spagnoli (che aveva, per l’appunto preso le mosse dal diniego dell’istanza proposta nel 2006 e, per questa ragione, era stata definita *dottrina Parot*) assumeva che lo sconto di pena andasse calcolato su ciascuna delle pene inflitte; e non già, come nei precedenti arresti giurisprudenziali, sulla sanzione complessiva, ovvero quella che scaturiva dal cumulo giuridico delle pene, rideterminata in trent’anni di reclusione.

Nel caso della Del Rio Prado, tale orientamento, maggiormente restrittivo, faceva sì che gli sconti di pena si incanalassero sul binario di una pena

complessiva di ben tremila anni di reclusione (come desumibile dal cumulo materiale di tutte le sanzioni detentive via via applicatele).Cosicchè la data della sua liberazione, in virtù dell'estinzione anticipata della pena, finiva per coincidere con la scadenza della pena massima accordatale, ovvero l'anno 2017.

Nonostante numerose pronunce del *Tribunal Constitucional* avessero riconosciuto la compatibilità con la Costituzione spagnola del nuovo orientamento giurisprudenziale, la detenuta decideva di adire il Giudice europeo dei diritti fondamentali, lamentando la violazione dell'art. 7 della CEDU, e, di conseguenza, la lesione del diritto alla libertà personale, ex art. 5, con riferimento al sofferto detentivo successivo al rigetto dell'istanza di liberazione anticipata.

La decisione della Terza Sezione della CEDU, favorevole alla ricorrente, aveva riconosciuto, come sopra rammentato, la violazione del principio di legalità della pena e, come effetto naturale di quest'ultima, il *vulnus* al diritto dell' *habeas corpus*.Tuttavia, il *Tribunal Supremo* spagnolo, che avrebbe dovuto pronunciarsi sulla concreta esecuzione del *dictum* della sentenza CEDU, provvedendo quindi alla scarcerazione della detenuta,aveva adottato una sentenza, per così dire, *pilatesca*, asserendo la natura non definitiva della decisione.

Di qui la decisione, questa volta definitiva e irrimediabile, della Grande Camera, la quale, oltre che disporre un risarcimento, a titolo di equa soddisfazione in favore della Rio Prada, ha richiesto alle Autorità spagnole, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, di disporre la liberazione immediata della condannata, *quale unico rimedio effettivo rispetto alla violazione accertata*.

Esaminiamo, in breve, le conclusioni cui è pervenuta la Corte, riservandoci *ex professo* gli approfondimenti del caso.

Le argomentazioni della Grande Camera hanno ricalcato, in massima parte, quelli che erano stati gli approdi interpretativi della Terza sezione. Il profilo di maggior criticità della decisione concerneva il distinguo tra pena ed esecuzione penale. Il Governo spagnolo, infatti, aveva sottolineato che il diritto fondamentale protetto dall'art. 7 non atteneva al versante dell'esecuzione della pena, bensì alla sua misura. Quest'ultima non si sarebbe discostata- questo il nucleo delle asserzioni difensive del governo iberico-dall'entità corrispondente al cumulo materiale erogato in virtù dell'art. 70, secondo comma, del codice penale del 1973. Il *revirement* giurisprudenziale sulla liberazione anticipata non avrebbe, quindi, intaccato l'affidamento della detenuta, in termini di prevedibilità della sanzione penale da irrorarsi nel caso di specie.

La Grande Camera ha osservato al riguardo che l'evoluzione giurisprudenziale che ha segnato l'applicazione dell'art. 70, secondo comma, del codice del 1973, ha attribuito alla sommatoria delle pene risultante dall'applicazione del cumulo giuridico la natura di *sostanziale ed unica*

sanzione. In altre parole, l'effetto derivante dalla *reductio ad unum* delle pene via via comminate sarebbe consistito nella determinazione della pena *effettiva* che il condannato avrebbe avuto ragionevolmente la certezza di scontare. A tale certezza sulla pena *effettiva* e sul suo computo si aggiungeva la consapevolezza circa l'incidenza determinante che avrebbe giocato il ruolo della *redencion de penas*, il quale, nella versione antecedente al codice spagnolo del 1995, era da considerarsi una riduzione automatica e vincolante del tetto di pena inflitto. Non a caso, il Giudice di Sorveglianza svolgeva una funzione, per così dire, certificatrice del periodo di lavoro svolto e delle conseguenti decurtazioni operate sulla durata complessiva della sanzione.

Ne deriva, secondo il ragionamento della Grande Camera (che non si discosta, sotto tale angolazione, da quello del primo Giudice) che, se è vero che in via di principio la materia dell'esecuzione penale non inerisce in senso letterale alla *matière penale*, così da non essere assoggettata al divieto di retroattività di cui all'art. 7, è altresì vero che la disciplina della *redencion de penas* appartiene al nucleo del *droit penale material*. Affermazione, quest'ultima, che trova un immediato riscontro nel fatto che il Legislatore spagnolo, nel riformare la precedente disciplina, mediante la novella del 1995, abbia inteso introdurre delle disposizioni di diritto intertemporale.

Sulla scorta di tali premesse, la Grande Camera ha affermato che la c.d. *dottrina Pariot*, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale successiva alla novella legislativa del 1995 ed alle norme transitorie per essa previste, ha comportato una dilatazione del sofferto carcerario senz'altro *imprevedibile* per la detenuta Del Rio Prada. Al riguardo, la Corte, introducendo un postulato di certo non inedito per la giurisprudenza della CEDU, ha opinato che- nella valutazione della irretroattività della *base legale della pena*- il *diritto vivente* formatosi su di essa occupa un ruolo di sicuro rilievo. Con la conseguenza che un improvviso *overruling giurisprudenziale* in malam partem costituisce una violazione del principio di legalità in chiave analoga ad una modifica legislativa (illegittimamente) retroattiva. Non a caso gli ordinamenti penali europei guardano con sfavore all'equiparazione, cara alla giurisprudenza della CEDU, tra diritto giurisprudenziale e norme legislative; più specificamente, gli *overruling* giurisprudenziali, in particolare quelli in bonam partem, trovano forti resistenze ad essere riconosciuti quali nuclei del *diritto vivente*¹.

Questo, in sintesi, il tessuto argomentativo della sentenza. Proviamo ora ad approfondirne alcuni aspetti di maggior interesse, riferiti, in particolare, alla *effettiva* portata applicativa dell'art. 7 CEDU.

¹ Tendenza, quest'ultima, riscontrabile anche nell'ordinamento nazionale. Cfr. ad esempio la pronuncia di Corte Costituzionale n.230 del 12.10.12, in materia di revoca della sentenza di condanna, ex art. 673 c.p.p., derivante da mutamento giurisprudenziale determinato da decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

2. La “base legale” nel quadro della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo.

Le caratteristiche della *base legale* non sono rinvenibili nel testo delle disposizioni convenzionali che la prevedono, ma sono stati elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ovvero nell’interpretazione ed applicazione di tali disposizioni ai singoli casi concreti sottoposti al suo esame.

In effetti, il principio di legalità convenzionale, così come enucleato dalla giurisprudenza della Corte Europea, non contempla, in materia penale, una formale riserva di legge, né altri elementi attinenti alla natura formale della fonte e della sua modalità di ingerenza nei diritti fondamentali; e, anzi, da tale riserva pare prendere le distanze.² Tale atteggiamento di *self restraint* si giustifica alla luce del fatto che la dimensione di tutela convenzionale abbraccia anche gli ordinamenti di *common law*, nei quali vige il principio dello *stare decisis*.

Per certi versi, la Corte ha elaborato una nozione del tutto autonoma di *legge*, ai sensi della Convenzione. Essa muove, anche nella materia penale, da una sostanziale equiparazione fra diritto giurisprudenziale e fonti legislative, da ricondursi entrambe alla nozione convenzionale di “base legale”.³

I Giudici della Convenzione, nell’adempiere alla verifica che l’ingerenza pubblica nel godimento di un diritto fondamentale tutelato sia o meno prevista dalla legge, ignorano l’aspetto formale (rectius, di legalità formale) della fonte che consente o prevede l’ingerenza: essi adottano un approccio sostanziale, volto ad accertare l’esistenza, nel diritto interno dello Stato membro, di una norma giuridica che abiliti all’ingerenza, e della sua qualità intrinseca.⁴

L’esistenza di una base giuridica di carattere *legale* in un ordinamento interno è valutata, negli arresti giurisprudenziali di Strasburgo, in un’ottica composita, che mira alla combinazione delle varie fonti ordinamentali, sia di diritto scritto che di diritto non scritto. Quanto al diritto scritto, l’ingerenza può derivare da previsioni di norme costituzionali, del diritto internazionale, di norme primarie o atti ad esse equiparati, o di atti sub-normativi; ivi compresi gli atti emanati, sulla base di una fonte legale, da soggetti dotati, ex lege, di una peculiare autonomia⁵. In merito al diritto non scritto, è idonea a costituire una base legale la possibilità di ingerenza un nucleo di regole giurisprudenziali consolidate.

² Le formule, in realtà, variano da articolo ad articolo: l’art.5 (nel quale la necessaria base legale attiene solo ai modi dell’ingerenza, essendo i relativi casi espressamente previsti nel testo della stessa disposizione) usa l’espressione < *previsti dalla legge* >, l’art. 7 usa la formula, maggiormente elastica, di < *azione o omissione che..... non costituiva reato secondo il diritto interno ed internazionale*>, l’art. 8 parla di < *ingerenza prevista dalla legge*>, l’art. 10 di < *formalità, condizioni, restrizioni, o sanzioni...previste dalla legge*>, l’art. 1 Prot. 1 e l’art. 2 Prot. 4 di < *condizioni previste dalla legge* >.

³ Così A.GAMBARO- R.SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, 2006, pag. 34.

⁴ Ciò a partire dal *leading case* di Sunday Times c. The United Kingdom, n.1, 28.4.1979

⁵ Si pensi ai codici deontologici degli Ordini professionali.

Peraltro, i caratteri della norma che abilita l'ingerenza esulano da qualsiasi lettura *formale*. Il minimo comune denominatore, in termini di caratteristiche intrinseche alle fonti della base legale, viene individuato nella *accessibilità* e *prevedibilità*. Ambedue tali modi di essere del dato normativo che interferisce con le libertà fondamentali sono funzionali a che il destinatario del precetto possa adeguare la sua condotta alla prescrizione legale.

L'*accessibilità* è collegata al grado di pubblicità della fonte nella quale la norma è contenuta, ed al numero ed alle caratteristiche dei destinatari.

La *prevedibilità* attiene alla probabilità concreta per il destinatario di calcolare le conseguenze del proprio agire, in rapporto alle circostanze del caso. Ne consegue che la base giuridica sulla quale modulare la condotta prescritta deve essere assolutamente chiara e precisa. Tuttavia, posto che la formulazione della norma non potrà mai raggiungere livelli di precisione e chiarezza assoluti, tali da disciplinare ogni aspetto della vita che rientri nel suo ambito applicativo, i requisiti in questione potranno *anche* essere assicurati dall'interpretazione giurisprudenziale, laddove sia *costante* e *ragionevole* nell'applicazione. L'applicazione concreta della norma dovrà, a quel punto, partecipare del carattere della prevedibilità. Ne discende, secondo l'elaborazione della Corte, che - a tali condizioni - la giurisprudenza concorre pienamente a disvelare il significato della norma ed ad implementarne la *prevedibilità*.

La base legale, in definitiva, nei diversi aspetti considerati, deve essere compatibile con il canone della *certezza del diritto*, che è uno degli aspetti di maggior rilievo del sistema convenzionale, nell'ottica dell'*effettività* della garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali.

In definitiva, ciò che sta a cuore alla Corte di Strasburgo è che l'individuo sia posto nella condizione di poter conoscere l'esistenza, nell'ordinamento giuridico nazionale di appartenenza, di limitazioni ai propri diritti fondamentali e le conseguenze che, in relazione al caso concreto, lo Stato farà derivare da un determinato comportamento.

Tale approccio sostanziale si iscrive a pieno nella cornice di autodeterminazione individuale e di certezza del quadro giuridico di riferimento che è sotteso al sistema di tutela convenzionale delle libertà fondamentali. Esso è la chiave di volta del principio di legalità, che circonda le limitazioni adottate dai singoli ordinamenti interni nei confronti dei singoli diritti convenzionali.

Non a caso, al di là dei condivisibili approdi emersi all'indomani della sentenza *Scoppola* in tema di retroattività della *lex mitior*, la Corte Europea ha da sempre costantemente (e molto severamente) censurato i *vulnera* del principio di retroattività in malam partem delle norme penali. L'art. 7 della Convenzione viene, infatti, considerato *an essential element of the rule of law*. Non stupisce, quindi, che l'*overruling* giurisprudenziale, inteso come mutamento *imprevisto*, in senso peggiorativo, di un orientamento del *diritto*

vivente- base legale delle fonti non scritte, venga inteso come una torsione dell'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta (ovvero della *prevedibilità*) ed un attentato all'autodeterminazione individuale.

In tale contesto interpretativo, senz'altro univoco, si colloca la sentenza in commento, che risente di una giurisprudenza da sempre avversa ad indirizzi giurisprudenziali nazionali estensivi della sfera operativa di una fattispecie criminosa, laddove la nuova interpretazione non costituisca un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore.⁶

3. Le nuove tappe della tutela del principio di irretroattività della legge penale nella sentenza Del Rio Prada.

La sentenza in commento presenta un innegabile valore aggiunto rispetto alla precedente giurisprudenza di Strasburgo. Il *focus* della tutela valoriale dell'art. 7 par. 1 non è più soltanto *l'infrazione di una pena più grave rispetto al momento in cui il reato è stato commesso*, ma il modo di essere della pena, la sua concreta attuazione, in conformità della base legale su cui il meccanismo sanzionatorio si fonda.

La legalità della pena non è più intesa semplicemente come il tralaticio effetto del principio *nulla poena sine lege*, ma come un sistema di regole, mutuato dalla combinazione tra diritto giurisprudenziale, affidabile e consolidato, e diritto scritto (senza che l'uno possa prevalere sull'altro) destinato a governare, in conformità al sistema convenzionale della CEDU, le interazioni tra prevenzione generale e rieducazione del condannato. Cosicché la prevedibilità non concerne solo la sanzione, ma la sua esecuzione; e la conseguente possibilità che la sottoposizione ad un determinato regime carcerario- nella specie la *redencion poenas por trabajo*-determini un' anticipata estinzione della pena inflitta.

La Corte si era già occupata della materia dell'esecuzione penale (e dei limiti della restrizione della libertà personale) nella sentenza Kakkinakis c.Cipro del 2008, relativamente alla possibilità in capo al condannato all'ergastolo di poter fruire di una prospettiva di liberazione anticipata. Ma in quell'occasione, nel valutare la conformità all'art. 7 par. 1 della CEDU della disciplina nazionale che prevedeva il potere di grazia nei confronti del condannato, non si era pronunciata nel merito della riconducibilità della esecuzione al tema della base legale della pena.

La tematica della legalità della pena- distinta rispetto a quello del precetto-si è presentata soprattutto nei casi di introduzione retroattiva di riforme legislative volte ad introdurre trattamenti sanzionatori più rigorosi. Negli ultimi tempi, la Corte ha, tuttavia, incentrato la propria attenzione anche sullo specifica prevedibilità del quantum di pena da espiare. Al riguardo non può disconoscersi la significatività del precedente della Quarta Sezione, del 22

⁶ Cfr., tra le altre, Pessino c. Francia, 10.10.2006, S.W. c. Regno Unito, 2.11.1995.

gennaio 2013, *Camilleri c. Malta*, con la quale è stata acclarata la non conformità all'art. 7 par.1 della disciplina processuale maltese, che prevede la discrezionalità del Pubblico Ministero Inquirente nel richiedere alternativamente il rinvio a giudizio, per reati in materia di stupefacenti, innanzi alla *Criminal Court*, ovvero davanti alla *Court of Magistrates*; scelta di non poco momento, poiché in grado di determinare conseguenze significative in tema di entità della sanzione, atteso la diversa cornice edittale delle pene irrorabili dall'una o dall'altra Corte.

Nella sentenza in commento, la Grande Camera ha attraversato il guado della astratta considerazione della irretroattività del precetto penale e della corrispondente sanzione, attraendo nel diritto *materiale* della pena anche la prevedibilità circa il *quantum concreto* dell'afflizione. Cosicché viene ad essere confermato l'approccio sostanzialistico della giurisprudenza CEDU ai sistemi penali degli Stati aderenti della Convenzione (già presente nella sentenza *Scoppola*), secondo il quale non è determinante la branca ordinamentale nazionale sul cui versante si colloca l'espiazione, se di diritto sostanziale o di diritto processuale. A maggior ragione, la sentenza *Del Rio Prada* appare un *leading case*, nella misura in cui essa analizza il quadro delle modalità della liberazione anticipata, istituto che si situa nell'ambito del c.d. diritto penitenziario, tradizionalmente estraneo sia al processo, sia al disegno delle fattispecie incriminatrici.

La soluzione offerta dalla Corte è ineccepibile, poiché essa rimarca il contrasto dell'interpretazione delle Corti spagnole con la prevedibilità della sanzione da espriare, laddove essa si fonda su un diritto scritto transitorio, al quale si contrappone un *overruling* giurisprudenziale riferito ad una specifica categoria di condannati, ovvero ai colpevoli di reati terroristici, riecheggiando persino la colpa d'autore. Peraltro, incurante delle ripercussioni negative che la sua sentenza avrebbe avuto nei confronti dell'opinione pubblica spagnola, molto sensibile ai temi del terrorismo basco, la Corte ha manifestato piena adesione alla esigenza di coniugare il rigore della pena ad esigenze special-preventive e rieducative, che conferiscono all'esecuzione, nella gran parte degli ordinamenti europei, un carattere di *flessibilità* maggiormente consono alla personalizzazione della pena.