

Capitolo III

L'INTERVENTO DELLA GIURISDIZIONE ESECUTIVA

di *Pierpaolo Dell'Anno*

La prima parte del capitolo è dedicata ad una imprescindibile ricostruzione storica della fase esecutiva, che parte dal codice del 1930 e culmina con la trattazione della disciplina prevista nell'attuale codice, passando per i cambiamenti prodotti sul tema in questione dalla Costituzione, dalle due leggi di delega per l'emanazione del codice di procedura penale e dalla riforma penitenziaria. Nel far ciò, l'autore analizza in particolare la significativa trasformazione della fase esecutiva a seguito del passaggio dalla funzione retributiva della pena a quella rieducativa, con il conseguente abbandono dell'intangibilità del giudicato.

La seconda parte è riservata agli aspetti processuali dell'esecuzione, avendo in particolare riferimento a ciò che si correla all'attuale crisi del giudicato, ai nuovi poteri del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena, al confronto tra il vecchio ed il nuovo giudice dell'esecuzione, al concetto di verità processuale del giudizio di cognizione, ai criteri di individuazione del giudice dell'esecuzione e, infine, all'avvenuto adeguamento o meno ai principi costituzionali del giusto processo della disciplina *post rem iudicatam*.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 145, 146, 147 e 148 c.p.; titoli II e III del libro X c.p.p.; art. 40, d.l.g. 28-8-2000, n. 274; art. 74, d.l.g. 8-6-2001, n. 231.

SOMMARIO: SEZIONE I. INQUADRAMENTO SISTEMATICO. – 1. Breve introduzione sistematica. – **2.** La fase esecutiva nel codice Rocco. – **3.** L'avvento della Costituzione. – **4.** L'emanazione del codice del 1988. – **SEZIONE II. PROFILI PROCESSUALI. – 1.** La verità processuale fornita dal giudizio di cognizione disciplinato dall'attuale codice di procedura penale. Conseguenze in tema di esecuzione e di attribuzioni del giudice della relativa fase. – **2.** Un breve confronto tra il giudice dell'esecuzione del 1930 e quello del 1988. Conseguenze interpretative. – **3.** La crisi del giudicato e i poteri del giudice dell'esecuzione. – **4.** I criteri di individuazione del giudice dell'esecuzione. – **5.** Giusto processo e giurisdizione esecutiva.

SEZIONE I

INQUADRAMENTO SISTEMATICO

1. Breve introduzione sistematica

Il nostro attuale modello di esecuzione penale¹ ruota, indubbiamente, intorno alla **funzione rieducativa della pena**, posta al centro del nostro ordinamento in un peculiare e fondamentale momento storico, vale a dire a seguito della caduta del regime fascista. Alla Costituzione si deve infatti l'abbandono della mera concezione retributiva della pena e con essa "dell'idea dell'intangibilità del giudicato", nonché la previsione di altre importanti disposizioni che hanno avuto – ed hanno tuttora – un significativo impatto sulla fase *post rem iudicatam*.

Ci si intende riferire: alla presenza del giudice quale organo di controllo, all'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, all'obbligo a carico del giudice di motivare adeguatamente le sue decisioni ed alla ricorribilità per cassazione di tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale.

Segnatamente, l'avvento della Costituzione diede inizio ad un lento, ma essenziale, **processo di "giurisdizionalizzazione"** della fase esecutiva², cui è poi

¹ Per una visione d'insieme si consigliano Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 267 ss.; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, 210 ss.; Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002, 1 ss.; Cavallari, *La nuova disciplina dell'esecuzione penale in Legislazione pen.*, 1990, 679 ss.; Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 1 ss.; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003; Dean, *Ideologie e modelli di esecuzione penale*, Torino, 2004, 1 ss.; Id., *Esecuzione penale*, in *Annali*, II-1, 2008, 231 ss.; Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 1 ss.; Gaito, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di Procedura Penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006; Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 1 ss.

² Per una disamina più approfondita del processo di giurisdizionalizzazione della fase *post rem iudicatam* si rinvia a Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 111 ss.; Della Marra, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in *Le impugnazioni penali. Trattato*, diretto da Gaito, II, Torino, 1998, 1016; Dinacci, *Il momento esecutivo tra giurisdizionalità incompiuta e potenzialità revocatoria*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 579; Fiorio, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in *Tratt. Spangher*, 7, *Modelli differenziali di accerchiamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 705 ss.; Mambrucchi, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 278 ss.; Margaritelli, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, 366 ss.; Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, 1 ss.; Scalfati, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 1 ss.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

seguita la emanazione dell'attuale codice di rito, con la successiva costituzionalizzazione dei principi del giusto processo.

Nel **codice Rocco** la fase esecutiva aveva natura semplicemente amministrativa³ ed era priva dei connotati tipici della giurisdizione; accoglieva al suo interno attività soltanto attuative della *res indicata* ed estranee ai modelli di accertamento propri del processo di cognizione. Vigeva, conseguentemente, il **principio dell'intangibilità assoluta del giudicato**, che da strumento di garanzia delle libertà individuali diveniva meccanismo di legittimazione della pretesa punitiva statale, di cui certificava la tendenziale infallibilità⁴.

I cambiamenti che si sono verificati dal previgente codice ad oggi sono, in buona parte, riconducibili all'**evoluzione del giudicato**, che costituisce una delle colonne portanti dell'esecuzione in particolare e del procedimento penale in generale. In funzione di esso si coordinano e si affrontano le garanzie dell'imputato e le esigenze della collettività, giacché se da un lato questo tende a garantire l'intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite dal singolo, ad evitare cioè che il condannato ed il prosciolto siano esposti "ad oltranza" al procedimento penale, è incontestabile che, dall'altro, tuttavia, una applicazione troppo rigorosa del giudicato penale rischia di sacrificare fondamentali esigenze di giustizia, finendo col dover accettare situazioni di manifesta iniquità giudiziaria.

La vischiosità del tema implica però la necessità di verificare – senza alcuna pretesa di esaustività – i presupposti e i contenuti del **procedimento esecutivo** per come atteggiatesi nel previgente sistema codicistico, anche e soprattutto allo scopo di stabilire se e in che modo le modifiche determinatesi nel corso del tempo abbiano realizzato una procedura davvero rispondente alle esigenze correlate ai profondi cambiamenti degli ultimi anni.

2. La fase esecutiva nel codice Rocco

Come noto, nel codice di procedura penale del 1930 la pena era essenzialmente finalizzata alla **prevenzione generale**⁵ dei reati e si sostanzialmente in un **trattamento di carattere puramente affittivo**, come punizione per il male commesso cui

³ Su un tema così ampio preme evidenziare i seguenti lavori: Barosio, *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 489 ss.; Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 63 ss.; De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, 309 ss.; Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 206 ss.

⁴ Cfr. Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. processuale pen.*, 1956, 181. Si veda anche Santoro, *L'Esecuzione penale*, Torino, 1953, 5 ss..

⁵ Sulla funzione della pena si rinvia a Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2001, 601, ed inoltre a Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2007, 762.

assoggettare l'autore del fatto illecito dichiarato colpevole all'esito del processo. Naturale conseguenza di questa concezione della funzione della pena non poteva che essere l'**intangibilità pressoché assoluta del giudicato**, che segnava la definitiva chiusura del processo e rappresentava lo "strumento idoneo a realizzare l'imperatività della legge penale e la stabilità dell'accertamento giudiziario definitivo"⁶, sotto il duplice profilo della "tipologia" e della "durata" della sanzione irrogata al condannato. Ne scaturiva che la sentenza irrevocabile di condanna non poteva, in questa fase, essere rivisitata o subire modificazioni di alcun tipo, salvo che per effetto di un eventuale procedimento di revisione (art. 553 ss. c.p.p. 1930), o di meri provvedimenti clemenziali (quali la grazia, l'amnistia e l'indulto).⁷

La mancanza di spazi giurisdizionali nella fase esecutiva finiva inevitabilmente per consegnare la scena a due soggetti: **pubblico ministero** e **Ministro di grazia e giustizia**. Al primo era affidato il ruolo di "organo propulsore" dell'esecuzione, e doveva garantire la tempestiva attuazione del comando contenuto nel provvedimento irrevocabile. Al secondo era invece attribuito il potere – seppur circoscritto ai soli casi di revoca anticipata delle misure di sicurezza – di intervento della concessione della liberazione condizionale e della sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato già incarcerato.⁸

Sul fronte dell'esecuzione in senso stretto, quella concernente il titolo esecutivo, era previsto l'intervento del **giudice degli incidenti**. L'art. 628 c.p.p. 1930 stabiliva infatti che il giudice che aveva deliberato un provvedimento fosse competente a giudicare anche su tutti gli incidenti riguardanti la sua esecuzione; la *ratio* di tale scelta risiedeva nel fatto che tale soggetto era ritenuto il più idoneo a risolvere tutte le controversie che potevano scaturire dalla sua decisione. In questa prospettiva, godeva di una generica competenza a pronunciarsi sulle eventuali questioni attinenti l'eseguibilità e la concreta portata in *executivis* di un provvedimento giurisdizionale.⁹ In secondo luogo, aveva una competenza funzionale

⁶ In questi termini, Callari, *La finitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 104.

⁷ Sul punto, giova evidenziare una differenza tra la codificazione del 1913 e quella del 1930. Come rilevato in dottrina, "mentre l'impianto sotteso al codice del 1913 derivava la concezione dell'intangibilità del giudicato da esigenze di tutela dell'individuo, il codice del 1930 poneva a fondamento dell'intangibilità l'imperatività della legge e il dovere di cieca obbedienza del singolo, con conseguente compressione delle garanzie individuali, nella esaltazione delle istanze, di carattere generale e superindividuale, della difesa sociale (Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Esecuzione e rapporti con Autorità giurisdizionali straniere*, a cura di Kalb, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 11).

⁸ Si veda, Dean, *Esecuzione penale*, in Annali, II-1, 2008, 231 ss..

⁹ In particolare era considerato come il custode del giudicato, ne forniva l'interpretazione autentica e rinnovava gli eventuali ostacoli alla sua pratica attuazione.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

specificata con riguardo ad una serie eterogenea di materie: era chiamato ad emettere la declaratoria di estinzione del reato o della pena (art. 578 c.p.p. 1930), così come a pronunciarsi in punto di esecuzione di pene concorrenti e accessorie (art. 582 e 587 c.p.p. 1930), nei casi di dubbio sull'identità di persona condannata (art. 583 c.p.p. 1930) e di condanna per errore di nome (art. 584 c.p.p. 1930), sulla revoca, rispettivamente, della sospensione condizionale della pena, dell'ordine di non menzione della condanna nel certificato penale, della liberazione condizionale (art. 590 c.p.p. 1930), dell'amnistia, dell'indulto e della grazia condizionali (art. 596 c.p.p. 1930), della riabilitazione (art. 600 c.p.p. 1930), nonché, infine, a decidere in tema di esecuzione civile in materia penale (art. 611 ss. c.p.p. 1930) e di confisca (art. 655 c.p.p. 1930).

L'art. 630 c.p.p. del precedente codice forniva la disciplina del “**procedimento per gli incidenti di esecuzione**”, che aveva natura solo apparentemente giurisdizionale, svolgendosi con forme processuali semplificate rispetto a quelle tipiche della fase cognitiva. In questa procedura, infatti, il giudice doveva pronunciarsi pur sempre su controversie riguardanti l'eseguitività di provvedimenti incidenti sulla libertà personale del condannato, e per questo rivevano — senza però intaccare la natura sostanzialmente amministrativa dell'esecuzione penale, in quanto applicate in misura minima e solo in alcuni casi — le garanzie fondamentali dello *ius dicere*, proprie della cognizione: il diritto di difesa, il contraddittorio, la motivazione e la ricorribilità per cassazione del provvedimento conclusivo del procedimento.

Non mancavano, infatti, ipotesi in cui il giudice si pronunciava *de plano*, in assenza quindi di formalità e di garanzie difensive; contro tali decisioni, la parte interessata poteva opporsi dando luogo alla procedura giurisdizionalizzata prevista dall'art. 630 c.p.p. 1930 dinanzi al medesimo organo giudiziario.

Peralto, ciò che preme assolutamente segnalare è che **in nessun caso il giudice dell'esecuzione poteva rivisitare quanto deciso sul fatto e sulla responsabilità nel processo di cognizione**.

Particolarmente interessante era anche il versante penitenziario, in quanto il vecchio codice aveva introdotto la figura del **giudice di sorveglianza** a cui era affidato il ruolo di “organo di controllo permanente degli istituti penitenziari per la salvaguardia del principio di legalità nella esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza”^{9,10}.

⁹ Sull'argomento giova segnalare la seguente dottrina: Guarneri, *Giudice di sorveglianza*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 873 ss.; Tartaglione, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 1972, 173 ss.; Velotti, *Appunti sul giudice di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 1971, 403 ss.

La norma che forniva, seppur in modo piuttosto generico, disposizioni circa l'esecuzione delle pene detentive era l'abrogato art. 144 c.p., rubricato "Vigilanza sull'esecuzione delle pene". Tre erano le funzioni attribuite al giudice di sorveglianza: 1) **ispettive**, come le visite bimestrali che venivano effettuate presso gli istituti penitenziari, finalizzate al controllo del rispetto delle leggi e dei regolamenti¹¹; 2) **consultive**, consistenti per esempio in pareri circa l'ammissibilità o meno alla liberazione condizionata del detenuto condannato, ovvero sulla concessione della grazia; 3) **deliberative**, quali l'ammissione al lavoro all'aperto (art. 144 c.p.). A queste, poi, andavano aggiunte quelle contenute nel capoverso dell'art. 4 reg. pen. del 1931, che consentiva al giudice di sorveglianza di deliberare su una vasta gamma di reclami proposti dal condannato, volti ad ottenere sia un miglioramento del trattamento penitenziario sia la tutela dei diritti soggettivi di quest'ultimo.

In realtà, le mansioni del giudice di sorveglianza investivano anche il delicato settore delle **misure di sicurezza**. Ne sovrintendeva e ne curava l'applicazione e la successiva fase della esecuzione ed il continuo contatto diretto con la realtà carceraria gli permetteva di conoscere la personalità dell'internando. Anche in questo settore al giudice erano attribuite funzioni di controllo e deliberative; le prime si sostanziano in visite presso gli stabilimenti¹² mentre i poteri deliberativi erano molto più rilevanti rispetto a quelle riconosciute in ambito di esecuzione di pene detentive, in quanto comprendevano l'ammissione al lavoro all'aperto; i reclami relativi al riparto della remunerazione del lavoro e alle spese di mantenimento; i trasferimenti degli internati nelle colonie e nelle case di lavoro presso le case di rigore e quelli degli internati nei riformatori giudiziari presso i riformatori speciali; il ricovero nei manicomi giudiziari e nelle case di cura e custodia delle persone colpite da infermità psichica nonché la sospensione della liberazione degli internati.

Peraltro, ad eccezione della confisca, il giudice di sorveglianza aveva il compito di provvedere, fuori dell'istruzione e del giudizio, all'applicazione, alla modificazione, alla sostituzione e alla revoca delle misure di sicurezza (art. 635 c.p. 1930).

Preme, altresì, rilevare che, mentre il giudice competente sulle questioni concernenti il titolo esecutivo aveva compiti di natura quanto meno paragiurisdizionale,

¹¹ All'esito dell'ispezione il giudice doveva predisporre una apposita relazione, che doveva trasmettere al Ministro di grazia e giustizia.

¹² Terminate tali visite il giudice aveva l'obbligo di riferire al Ministro di grazia e giustizia eventuali rilievi e proposte.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

alla stregua di quanto evidenziato, quello di sorveglianza invece svolgeva esclusivamente funzioni amministrative. Non a caso, infatti, gli interventi decisori sui reclami dei detenuti avvenivano in assenza di garanzie difensive, vale a dire con "ordini di servizio" (art. 6 reg. penit. 1931; 585 c.p.p. 1930) e tali provvedimenti non erano neanche impugnabili.

Tornando al **procedimento incidentale d'esecuzione**, e allo scopo di meglio illustrare l'effettivo atteggiarsi della giurisdizione e delle sue peculiari caratteristiche, giova rilevare come il procedimento in questione venisse azionato per dirimere qualsiasi controversia sui diritti durante l'esecuzione. Ciò alla stregua delle regole previste dagli artt. 628 ss. c.p.p. 1930. Detta procedura si svolgeva in camera di consiglio e presentava una interessante peculiarità: da un lato, poteva essere azionata esclusivamente su iniziativa del pubblico ministero o su istanza di parte (tranne rare eccezioni in cui era ammessa su iniziativa del giudice) e, dall'altro, l'organo giurisdizionale poteva discostarsi dalle ragioni rappresentate dalle parti al momento della proposizione dell'incidente e poteva d'ufficio anche verificare la validità del titolo esecutivo¹³.

Per quanto riguarda la **difesa tecnica**, la presenza del difensore del condannato era prevista solo in determinati momenti del procedimento esecutivo. Inizialmente era contemplato l'obbligo di nominare un difensore d'ufficio al condannato, solo nel caso in cui lo stesso fosse stato ammesso al gratuito patrocinio; successivamente però, la Corte costituzionale, con la sentenza 6-5-1970, n. 69, dichiarò l'**illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. 1930**, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di nominare un difensore di ufficio ogniquale volta il condannato non avesse provveduto a nominarne uno di fiducia. La medesima sentenza, al fine di consentire l'esplicazione effettiva del diritto di difesa, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 630, 2° comma, c.p.p. 1930, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di avviso al difensore dell'udienza fissata per la trattazione dell'incidente di esecuzione¹⁴. A seguito della sentenza della Corte

¹³ Questo era l'orientamento prevalente della giurisprudenza di quel tempo. Così, Cass., III, 15-1-1958, Misturelli, in *Giust. pen.*, 1958, III, 458.

¹⁴ Secondo parte della dottrina e per la giurisprudenza prevalente, nessuna notifica, invece, era prevista per il difensore. Per un approfondimento della questione si rinvia a Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, IV Torino, 1956, 745, e a Cass., I, 6-12-1974, Cortiglano, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, 90. Successivamente, però, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma di cui all'art. 630, 1° comma, c.p.p. 1930 – per contrasto con l'articolo 24, 2° comma, Cost. – anche nella parte in cui non prevedeva che il suddetto avviso del giorno fissato per la deliberazione sull'incidente andasse notificato anche al difensore dell'interessato. Così, C. cost., 18-5-1970, n. 69, in *Giur. cost.*, 1970, 973 ss., con nota di Chiavario.

costituzionale prima indicata, dunque, erano obbligatorie la nomina di un difensore di ufficio al condannato e la comunicazione di un avviso relativo all'udienza fissata per l'incidente di esecuzione, mentre non era obbligatoria la presenza del difensore all'udienza stessa. Al difensore erano, poi, riconosciuti il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, quello di presentare memorie e di rappresentare oralmente le proprie argomentazioni e conclusioni. In un primo momento, la Corte di Cassazione¹⁵ aveva negato che il difensore avesse diritto all'impugnazione del provvedimento emesso a seguito dell'udienza camerale per l'incidente di esecuzione, ma, successivamente, la stessa Suprema Corte aveva mutato indirizzo, riconoscendo al difensore il diritto di proporre impugnazione avverso i provvedimenti sfavorevoli ed il diritto di ricevere la notifica di copia del provvedimento decisorio dell'incidente di esecuzione, adempimento prope-deutico e funzionale all'esplicazione del diritto ad impugnare.

Per quanto concerne lo svolgimento dell'udienza, l'istante — oltre a poter depositare memorie scritte in sua difesa — aveva anche il **diritto di essere ascoltato**. Con riferimento a tale forma di **difesa materiale** (o autodifesa), vanno segnalate due interessanti pronunce, una di legittimità e una della Corte costituzionale. La prima affermava che l'interessato dovesse essere sentito, a pena di nullità, solamente nell'ipotesi in cui ne avesse fatto esplicita richiesta¹⁶.

La Corte delle Leggi, invece, aveva stabilito che il giudice dell'esecuzione era tenuto a sospendere o a rinviare la trattazione se l'imputato o il condannato, che avesse chiesto di essere ascoltato, non fosse comparso per legittimo impedimento. Con tale pronuncia la Consulta ha inteso salvaguardare il fondamentale diritto di autodifesa dell'imputato o del condannato, evidenziando, da un lato, la necessità di mettere quest'ultimo soggetto nelle condizioni di poter rappresentare direttamente al giudice dell'esecuzione le proprie ragioni e, dall'altro, che la risoluzione della controversia da parte del giudice finisce inevitabilmente con l'incidere sulla libertà personale dell'imputato o del condannato¹⁷.

Il **pubblico ministero**, invece, doveva presentare requisiti scritte, accessibili e consultabili dagli interessati, ai quali era consentito di controdedurre.

La fase istruttoria — coerentemente con il sistema inquisitorio vigente a quell'epoca — lasciava peraltro nell'ombra le parti, ed il giudice poteva acquisire documenti e informazioni qualora ne ravvisasse la necessità. Avverso il

¹⁵ Così, Cass., 22-11-1968 e Cass., 27-1-1969.

¹⁶ Così, Cass., I, 12-10-1964, Abeni, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1965, 1914; Cass., II, 19-5-1961, Gaeta, *ivi*, 1962, 90.

¹⁷ In tal senso, C. cost., 20-5-1982, n. 98.

provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione era consentito esclusivamente per cassazione da parte del pubblico ministero o degli altri interessati. Deve peraltro rilevarsi come in un primo momento il difensore non risultasse tra i soggetti legittimati a proporre impugnazione, essendogli stata tale facoltà riconosciuta solo a seguito di un intervento della Corte costituzionale con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 630, 1° comma, c.p.p. 1930, nella parte in cui non prevedeva che l'avviso del giorno della deliberazione sull'incidente andasse notificato anche al difensore dell'interessato¹⁸.

3. L'avvento della Costituzione

Con l'avvento della **Costituzione** lo scenario inizia completamente a mutare, in quanto si avverte la necessità di conformare la sentenza ad esigenze di giustizia anche successivamente al giudicato. L'accoglimento della nuova funzione della pena di cui all'art. 27, 3° comma, Cost. introduce il divieto di irrogare pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e individua nella **rieducazione del condannato** lo scopo della pena. Ne deriva per il giudice l'**obbligo di adeguare "costantemente" la pena** ai progressi raggiunti dal condannato durante il percorso risocializzativo.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, tale principio veniva esteso anche alle misure di sicurezza¹⁹. L'apporto fornito dalla Costituzione per delineare questo "nuovo volto della fase esecutiva", va peraltro ravvisato anche in altre incisive disposizioni di carattere generale: presenza del giudice quale organo di controllo (art. 102 Cost.); inviolabile diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost.); obbligo a carico del giudice di motivare adeguatamente le sue decisioni (art. 111, 6° comma, Cost.); infine, ricorribilità per cassazione di tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale (art. 111, 7° comma, Cost.).

Giova, peraltro, rilevare che, se da un lato l'*iter* di adeguamento a tali canoni costituzionali del procedimento di esecuzione è stato piuttosto lento a causa dell'inerzia del legislatore, dall'altro è altrettanto vero che la nuova fisionomia della pena ha stravolto le attività *post rem iudicatam*, in quanto "il momento risocializzante, ponendosi come fattore di rottura nei confronti della logica meramente retribuzionistica, esigeva flessibilità nell'attuazione del contenuto della condanna e postulava, pertanto, una pluralità di garanzie sconosciute

¹⁸ Si veda C. cost. 69/1970.

¹⁹ Si veda, C. cost., 23-4-1974, n. 110.

ad un sistema improntato all'applicazione del *dictum* giudiziale nella sua rigida immutabilità²⁰.

Ne conseguono, i **primi passi della Corte costituzionale**. Inizialmente, e come già segnalato in precedenza, al fine di rafforzare il diritto di difesa materiale e tecnica, sono state emesse una serie di pronunce che colpivano la norma che disciplinava il rito per gli incidenti di esecuzione, appunto l'art. 630 c.p.p. 1930. In un secondo momento, è stata invece emessa una delle più importanti pronunce costituzionali di quel periodo, quella con cui veniva dichiarata l'illegittimità dell'art. 43 disp. att. c.p.p. 1930, che attribuiva al Ministro di grazia e giustizia la facoltà di concedere, con decreto, la liberazione condizionale. In estrema sintesi, tale pronuncia riconosceva al condannato il generale diritto ad un riesame circa la necessità di protrarre la realizzazione della pretesa punitiva, "al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo"²¹. In sostanza, per i giudici costituzionali il diritto in parola doveva trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale. Si registrava così una sorta di primo distacco dal principio dell'intangibilità del giudicato in favore di una **apertura alla flessibilità dell'esecuzione**.

A distanza di pochissimo tempo, nel medesimo solco, arrivava anche, significativamente, l'intervento del legislatore con la **riforma penitenziaria**²² (l. 26-7-1975, n. 354) che disciplinava in maniera unitaria l'esecuzione della pena detentiva e delle misure di sicurezza personali e sostituiva il Regolamento per gli

²⁰ Così testualmente, Dean, *Esecuzione penale*, cit.

²¹ C. cost., 4-7-1974, n. 204. Su tale pronuncia in dottrina si rinvia a Fassone, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, 569; Vassalli, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 1974, 3523.

²² Trattasi della l. 26-7-1975, n. 354, intitolata "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà". Ad essa si accompagna il d.p.r. 29-4-1976, n. 431, "Regolamento di esecuzione" (oggi sostituito dal d.p.r. 30-6-2000, n. 230). Per una panoramica più dettagliata sul tema in questione si consigliano Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 111 ss.; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 8 ss.; Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 35 ss.; Di Gennaro-Breda-La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 4, Padova, 2000, 1 ss.; Florio, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in Tratt. Spangher, 7, *Modelli differenziati di accertamento, a cura di Garuti*, Torino, 2011, 705 ss.; Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., 27 ss.; Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale* (Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive), Milano, 1983; Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994, 1 ss.; Grevi-Giostra-Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*. Commento articolo per articolo, Padova, 2000, 1 ss.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

istituti di prevenzione e di pena di cui al r.d. 18-6-1931, n. 787, che forniva la precedente regolamentazione in materia.

In realtà, era stata proprio la **pronuncia costituzionale 204/1974** a stimolare un ampio dibattito che ha condotto alla emanazione della predetta riforma, così innovando profondamente la trama del tessuto dell'esecuzione penitenziaria fino ad allora imbasita sul vetusto regolamento del 1931.

Era cioè finalmente data concreta ed effettiva attuazione sia al principio costituzionale della **rieducazione** come scopo della pena sia alla salvaguardia dei diritti dei detenuti. L'art. 1, 6° comma, l. 26-7-1975, n. 354, infatti, sanciva che "Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti".

A ben guardare, a tale riforma va sicuramente riconosciuto il merito di aver introdotto istituti premiali, quali ad esempio le **misure alternative alla detenzione**, che consentono al condannato di scontare la pena, o parte di essa, fuori dal carcere. In particolare, esse costituiscono uno strumento attraverso cui, a seguito dell'ottenimento di determinati risultati positivi del trattamento od in presenza di premesse positive di diversa provenienza, può essere realizzata una modificazione della pena (ed in determinati casi anche della misura di sicurezza), sostituendosi al contenuto originario del comando un contenuto sanzionatorio diverso quanto ad afflittività, modalità di attuazione e durata. Ma vi è di più. Veniva istituito un giudice specializzato, la **magistratura di sorveglianza**, cui era affidata la c.d. "**giurisdizione rieducativa**", potendo tale organo adottare, modificare o revocare provvedimenti relativi alle predette misure alternative. Il tutto attraverso una procedura giurisdizionale finalizzata ad esaminare la personalità ed il comportamento del soggetto durante l'esecuzione della pena.

In questo processo evolutivo della fase esecutiva, un ruolo importante è stato ricoperto anche dalla l. 10-10-1986, n. 663. Attraverso tale intervento normativo da un lato, con l'art. 31, veniva abrogato l'art. 204 c.p., cioè il sistema delle presunzioni di pericolosità sociale, e stabilito che "Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa", dall'altro, con l'art. 21, era inserito nell'art. 69, l. 26-7-1975, n. 354, un comma 4 che prevedeva il riesame della pericolosità, ai sensi dell'art. 208, 1° e 2° comma, c.p., al fine della trasformazione e revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza; nonché la possibilità di provvedere, allorché si applichino, si eseguano, si trasformino o si revochino, anche anticipatamente le misure in questione, alla eventuale revoca della dichiarazione di

delinquenza abituale, professionale o per tendenza di cui agli artt. 102, 103, 104, 105 e 106 c.p. Insomma, il fenomeno esecutivo penale acquistava una dimensione essenzialmente dinamica e progressiva ed una specifica finalizzazione profondamente incidente sui contenuti del suo aspetto sia sostanziale che processuale.

Una forte spinta verso l'adeguamento della fase esecutiva ai canoni costituzionali era peraltro data anche dalle **due leggi delega** per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

In estrema sintesi, **la prima del 1974**²³ richiedeva: la giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena e delle misure di sicurezza; la garanzia del contraddittorio; l'effettivo giudizio sulla pericolosità; l'impugnabilità dei provvedimenti (art. 2, n. 79); e, ancora, in tema di ammissibilità in sede di incidente di esecuzione, la valutazione sul merito della procedura seguita, con eventuale restituzione in termini dell'imputato ai fini dell'imputazione (art. 2, n. 70); l'obbligo di notificare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (art. 2, n. 78); nonché, infine, la previsione del contraddittorio nel processo di riabilitazione.

Peraltro, la spinta a una piena riconducibilità della giurisdizione esecutiva nell'alveo delle garanzie costituzionali, era contestualmente e contraddittoriamente frenata dalla previsione di un giudizio senza formalità e in camera di consiglio, prevedendosi, infine, acquisizione di ufficio della documentazione processuale (art. 2, n. 82).

Nel 1978, sulla scorta di tale legge-delega, veniva presentato un progetto preliminare di codice di procedura penale. Mentre la magistratura di sorveglianza manteneva l'ambito di competenza già riservato dall'ordinamento penitenziario in materia di benefici penitenziari e di misure di sicurezza, al giudice dell'esecuzione restava affidata la risoluzione delle questioni sul titolo esecutivo. Interessante prevista modifica fu quella di trasferire in capo al giudice dell'esecuzione la competenza, precedentemente attribuita al pubblico ministero o al pretore, ad emettere determinati provvedimenti *de libertate*. Il progetto, però, non si concretizzava nella emanazione di un nuovo codice e solo dopo nove anni si è giunti alla approvazione di una nuova legge delega per il nuovo codice (l. 16-2-1987, n. 81).

Con questa **seconda legge delega** veniva finalmente previsto di pienamente introdurre nella fase esecutiva le garanzie di giurisdizionalità con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza.

²³ Si consiglia Conso, *Precedenti storici ed tier della legge n. 108 del 1974*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 3 ss.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

Quattro erano le direttive che tale legge delega aveva riservato all'esecuzione penale. La direttiva n. 96, che imponeva di introdurre *in executivis* le "garanzie di giurisdizionalità", specificandone forme e contenuti, in particolare, richiedeva l'obbligo di notificare o comunicare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti suddetti; la necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione; la necessità di un giudizio di effettiva pericolosità ove questa debba essere accertata per l'applicazione, l'esecuzione o la revoca delle misure di sicurezza, ciò in coerenza con il venir meno delle presunzioni assolute di pericolosità sociale e l'affermazione della regola per la quale tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa (art. 31, l. 10-10-1986, n. 663); infine, essa richiedeva l'impugnabilità dei provvedimenti del giudice. La direttiva n. 97 prevedeva la possibilità di valutare, anche nella fase *de qua*, l'applicazione della disciplina del concorso formale di reati e del reato continuato, sempre che non fossero stati precedentemente esclusi nel giudizio di cognizione. La direttiva n. 98 predicava il "coordinamento con i principi della ... delega dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza anche attraverso la regolamentazione delle competenze degli organi"; infine, la direttiva n. 101 stabiliva la garanzia del contraddittorio nel procedimento di riabilitazione.

Come rilevato in dottrina, lo scopo era quello di costruire la fase dell'esecuzione "come momento realizzativo dei fini del processo penale, all'interno del quale, laddove debbano essere assunti provvedimenti riguardanti il comando in genere od il suo contenuto sanzionatorio in specie, è necessario assicurare l'intervento del giudice nelle forme tipiche della giurisdizione, vale a dire con il riconoscimento del diritto di difesa dell'interessato, ... del diritto al contraddittorio e di quello all'impugnazione"²⁴.

4. L'emanazione del codice del 1988

È proprio dalla seconda legge delega al nuovo codice di procedura penale che è nato l'attuale codice di rito.

L'avvento della Carta costituzionale aveva, per come in parte evidenziato, determinato un importante cambiamento per il condannato, essere umano, titolare di diritti fondamentali e inalienabili che non potevano essere compresi neanche con la più severa delle condanne. La stessa Corte costituzionale aveva affermato in una sua celebre pronuncia che tale soggetto, anche se detenuto in carcere, doveva mantenere un nucleo minimo di libertà individuali e una serie di diritti personalissimi ed inalienabili, quali il diritto all'onore e alla reputazione, all'integrità personale fisica e psichica, alla manifestazione del pensiero e delle

²⁴ Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 48.

idee politiche e religiose, allo studio e a molti altri ancora²⁵. Conseguentemente, il condannato non poteva più essere considerato esclusivamente come un soggetto passivo nei confronti del quale veniva eseguito coattivamente un comando ma doveva essere rispettato anche nella sua veste di **titolare di diritti fondamentali e inviolabili**²⁶.

Nella medesima prospettiva, era sempre più avvertita la **necessità di conformare la sentenza ad esigenze di giustizia anche successivamente al giudicato**, prendendo avvio, lento ma inesorabile, alla stregua di quanto in precedenza evidenziato, un *iter* che nel tempo porterà alla sempre maggiore flessibilità del giudicato, iniziando il legislatore a mostrare sempre maggiore sensibilità verso l'esigenza di tutela dei diritti individuali, che doveva ricevere attuazione anche nella fase esecutiva qualora il precedente accertamento non fosse più connotato dalla rispondenza ad esigenze di giustizia²⁷.

In particolare, con la emanazione del codice del 1988 era data finalmente piena attuazione all'esigenza di **giurisdizionalizzazione** dell'esecuzione penale fortemente voluta sia dalla legge delega per l'emanazione del nuovo codice di rito del 1974 sia dalla menzionata sentenza costituzionale 4-7-1974, n. 204. L'esecuzione non deve più costituire solo una fase finalizzata all'attuazione del comando contenuto nel provvedimento irrevocabile, assumendo una funzione più articolata, quella di assicurare nel tempo l'aderenza della sanzione, da un lato, alla finalità rieducativa e, dall'altro, alle esigenze di giustizia sostanziale legate all'eseguità in concreto del provvedimento irrevocabile di condanna.

In questa prospettiva, uno dei nodi nevralgici della fase *post rem iudicatam* va ravvisato nel considerevole ruolo attribuito al pubblico ministero. Nel nuovo codice l'**azione esecutiva** – così come l'azione penale – deve essere obbligatoriamente esercitata dall'**organo inquirente**²⁸. Tale scelta di confermare al pubblico ministero il ruolo di organo promotore dell'azione esecutiva non è andata esente da alcune critiche. Al pubblico ministero, infatti, vengono riconosciuti poteri **“paragiurisdizionali”** esercitabili anche mediante discrezionalità tecnica poco aderenti alle disposizioni costituzionali concernenti la tutela della libertà perso-

²⁵ Così, C. cost., 18-12-2002, n. 532.

²⁶ In questo senso, Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in *Esecuzione e rapporti con Autorità giurisdizionali straniere*, a cura di Kalb, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 170.

²⁷ Cfr. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., 11.

²⁸ Si vedano, Bernasconi, *Poteri del pubblico ministero in sede esecutiva. controllo giurisdizionale e ripartizione delle competenze*, in *Cass. pen.*, 1994, 461; Kalb, *Il promovimento dell'esecuzione*, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 71; Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 1 ss.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

nale ed il principio della parità delle parti. È il caso, in particolare, dei poteri, che si concretizzano: nell'emissione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive (art. 656 c.p.p.); nel computo della custodia cautelare già sofferta e delle pene detentive espiate senza titolo (art. 657 c.p.p.); nell'unificazione delle pene concorrenti (art. 663 c.p.p.)²⁹.

È stato, peraltro, anche rilevato al proposito, che il pubblico ministero non deve compiere materialmente le attività che provocano in concreto le modificazioni della realtà imposte dal comando, ma solo provvedere, nei modi e nelle forme previste dalla legge, ad attivare, mediante particolari procedure, gli organi cui tale compito è demandato³⁰. Insomma, si tratterebbe di un pubblico ministero "parte", che inquisisce ed accusa il proprio antagonista, ma sempre attraverso l'**essenziale mediazione del giudice**. In altri termini, la realizzazione in concreto da parte del pubblico ministero del comando contenuto nel provvedimento da eseguire, legittima eventualmente l'interessato ad azionare un procedimento di esecuzione ex art. 666 c.p.p., finalizzato a prospettare, seppur *ex post*, al giudice dell'esecuzione qualunque questione concernente la legittimità dell'operato del pubblico ministero³¹. Così, al giudice dell'esecuzione è attribuito il ruolo di garante del rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti le attività di attuazione del comando, mentre alla magistratura di sorveglianza è affidato il compito di umanizzare la pena e di individualizzare il trattamento penitenziario.

In quest'ottica, l'esecuzione dei provvedimenti penali è distribuita tra il **giudice dell'esecuzione** e la **magistratura di sorveglianza**. Competono a quest'ultima i provvedimenti che incidono sui contenuti del comando per effetto di valutazioni in cui prevalente appare il giudizio sulla funzionalità ed efficienza della pena in relazione al fine specifico della

²⁹ Sul punto, è stato sostenuto che l'aver attribuito al pubblico ministero sia l'emissione dell'ordine di carcerazione della persona condannata (cioè, la controparte) sia di effettuare il cumulo delle pene e il computo del pre-sofferto ha suscitato qualche perplessità. In effetti, "si è riconosciuta all'organo dell'accusa una forma accentuata di preminenza, realizzandosi una scelta dissonante con la finalizzazione del sistema a garantire la partecipazione paritetica di accusa e difesa in ogni stato e grado del procedimento". Più precisamente, nella fase esecutiva, pubblico ministero ed interessato si trovano su posizioni diversificate e non in un rapporto di tendenziale parità: il primo gode di una posizione privilegiata in quanto può disporre, inizialmente *in audita altera parte*, della sorte del condannato, al quale è "permessa" solo la proposizione di un incidente al giudice dell'esecuzione. Così, Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, 545 ss.

³⁰ In questo senso, Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., I ss.

³¹ Con la fase dell'esecuzione, da un lato, si attua il comando contenuto nel provvedimento giurisdizionale concreto e, dall'altro, si effettua il controllo sulla validità e sulle modalità di realizzazione del titolo esecutivo.

rieducazione del condannato ed in quelle dove appare essenziale l'accertamento della pericolosità del soggetto³². Gli altri interventi spettano al pubblico ministero e al giudice dell'esecuzione.

SEZIONE II

PROFILI PROCESSUALI

1. La verità processuale fornita dal giudizio di cognizione disciplinato dall'attuale codice di procedura penale. Conseguenze in tema di esecuzione e di attribuzioni del giudice della relativa fase

Nell'ambito del dibattito dottrinario si individuano due differenti "prototipi" di verità: una **assoluta o materiale** e l'altra **giudiziaria o processuale**.

La prima è quella provata in termini di certezza assoluta mentre la seconda è quella che emerge dalle risultanze processuali. Sulla scorta di tale premessa, va da subito rilevato che il processo può fornire solo una verità del secondo tipo, perché quella assoluta³³ non è un obiettivo raggiungibile sul piano umano. La ricostruzione della vicenda è condotta dal giudice, che è inevitabilmente condizionato da una serie di fattori: dal proprio approccio soggettivo, dalle conoscenze e dagli strumenti che ha a sua disposizione, dalle prove che fanno ingresso nel processo (come ad esempio quelle indiziarie, ma non solo queste, che sono accompagnate da un evidente margine di incertezza) e dal rispetto delle regole di accertamento.

A prescindere dal modello processuale cui si aderisce, lo **scopo del processo** — di qualsiasi tipo di processo — è sempre il **raggiungimento della verità**.³⁴ Ed

³² In realtà la magistratura di sorveglianza di suddivide in un organo monocratico, il magistrato di sorveglianza, e un organo collegiale, il tribunale di sorveglianza. Al primo spettano anche compiti di tipo amministrativo mentre al secondo attività giurisdizionale che comportano valutazioni più complesse, come ad esempio la concessione di misure alternative alla detenzione.

³³ La ricerca della verità assoluta è libera, refrattaria a regole legali, controlli, predeterminazione dell'ipotesi d'accusa, dei mezzi di prova, dei canoni di valutazione delle prove e di giudizio, insensibile alle istanze difensive, ispirata a un cognitivismo etico intriso di giudizi di valore, in definitiva arbitraria, irrazionale e autoritaria. Tuttavia, non esiste alcuna garanzia di raggiungimento di un risultato genuino ed affidabile.

³⁴ Come, del resto, espressamente affermato dalle celebri pronunce della Corte costituzionale 3-6-1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, 1967 e 2-11-1998, n. 361 in *GiC*, 1998, 3128 secondo cui "funzione essenziale del processo (...) è appunto quella di verificare la sussistenza dei reati oggetto del giudizio e di accertare le relative responsabilità".

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

ogni tipo di accertamento processuale “è formale, in quanto previsto secondo le regole vigenti in un determinato sistema giuridico”³⁵.

Vanno, però, aggiunte **due considerazioni: da un lato** è innegabilmente fondamentale stabilire quale modello processuale possa dirsi più efficiente per il perseguimento di questo pregevole obiettivo e, **dall'altro**, occorre prendere consapevolezza che l'inseguimento di un ideale di giustizia, fondato sull'assoluzione dell'innocente e sulla condanna del colpevole, è di difficilissima realizzazione, a causa dell'impossibilità di riprodurre eventi che si sono verificati nel passato³⁶.

Ciò significa che tanto il sistema accusatorio quanto quello inquisitorio sono finalizzati alla ricerca della verità, **ma i modi e le regole attraverso cui la perseguono sono differenti**.

In quest'ultimo modello processuale si attribuiscono al giudice poteri di accertamento molto ampi, mentre quello accusatorio è impostato su una ripartizione di funzioni tra giudice e parti, e la prova deve essere assunta rispettando i diritti fondamentali dell'individuo e le regole probatorie appositamente predisposte.

La verità assoluta è un ideale di conoscenza impossibile da conseguire e nei sistemi inquisitori viene spesso invocata per giustificare qualsiasi mezzo, anche la tortura, e per lasciare un ingiustificato libero arbitrio all'inquisitore nell'accertamento di una verità che, appunto, non esiste³⁷. Come rilevato in dottrina, “lasciare il valore della verità al processo inquisitorio, che lo persegue in un contesto autoritario e chiuso al dialogo, è un errore capitale di cui approfittano i nemici del contraddittorio”³⁸.

Più specificamente, con i metodi di accertamento del sistema inquisitorio, “non solo la verità accertata finirà per corrispondere a quella fin dall'inizio pretesa dal giudice, ma la stessa decisione risulterà affiancata dalla precisa ricostruzione probatoria dei fatti per essere giustificata da sospetti e intuizioni rivolti più alle supposte qualità personali dell'imputato, *in primis* la pericolosità sociale, che a condotte effettivamente contrarie ai modelli legali”³⁹.

³⁵ Così testualmente, Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, cit., 172.

³⁶ Nella medesima prospettiva la dottrina secondo cui il fatto storico di reato è un fatto non ripetibile che può essere conosciuto soltanto attraverso le tracce che ha lasciato nel mondo del reale e nella memoria degli uomini (Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 220).

³⁷ Del resto, anche in campo scientifico la verità assoluta non esiste; ogni teoria scientifica è una verità non definitiva, in quanto spesso sopraggiunge una nuova teoria che finisce con lo smentire quella precedente.

³⁸ In questi termini, Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1065 ss.

³⁹ Così, Mazza, *Verità reale e verità processuale*, in *Digesto pen., Agg.*, Torino, 2014, 713 ss.

Nel nostro attuale sistema “tendenzialmente accusatorio”, invece, l’accertamento deve avvenire nel pieno rispetto di regole contenute nella Costituzione e nel codice di rito e la sentenza deve essere sempre emessa sulla base di materiale probatorio legittimamente acquisito (art. 526 c.p.p.)⁴⁰.

La prova è nella disponibilità delle parti e solo in via eccezionale – ed in presenza di particolari situazioni – è lasciata all’iniziativa del giudice. In effetti, tale modello “si propone di sottoporre a verifica o a falsificazione gli enunciati fattuali e giuridici costituenti l’ipotesi d’accusa, attraverso un procedimento legislativamente predeterminato, connotato da regole e forme dirette ad assicurare il soddisfacimento e il contemporamento dell’esigenza politica di salvaguardia di determinati diritti, in primo luogo quelli di rilievo costituzionale, con l’esigenza epistemologica di guidare il giudice nella verifica degli enunciati”⁴¹.

Insomma, come acutamente rilevato dalla dottrina, “**al di fuori delle forme non solo non c’è garanzia ma addirittura non c’è processo**”⁴².

In estrema sintesi, quindi, la verità accertata nel processo di cognizione è relativa in quanto perfettibile. La ricostruzione della vicenda processuale ha natura “probabilistica” e, pertanto, è sempre contrassegnata da un certo margine di incertezza.

Per questo motivo, da un lato, si avverte l’esigenza di ammettere una rivisitazione del giudizio volta all’eliminazione di eventuali errori commessi, ma, dall’altro, bisogna fare i conti anche con la necessità della “certezza del diritto” (sia per l’imputato, che non può subire il processo penale “ad oltranza”, e sia per la collettività che si aspetta dallo Stato una reazione per il reato commesso). Dopo un inevitabile bilanciamento di interessi, è stato raggiunto un compromesso tra le prospettate e condivisibili esigenze consistente nel garantire una serie di impugnazioni finalizzate al controllo del giudizio, all’esito delle quali l’accertamento giurisdizionale si cristallizza e si forma il giudicato.

L’avvio della fase esecutiva è data dalla decisione “passata in giudicato”, vale a dire un titolo esecutivo costituito da un provvedimento irrevocabile; è così che si realizza il **passaggio dalla fase di cognizione a quella dell’esecuzione**.

In particolare, con il passaggio in giudicato della sentenza scatta il diritto/dovere dello Stato di mettere in atto la propria pretesa punitiva, dando attuazione al comando contenuto

⁴⁰ In questa prospettiva, per esempio una intercettazione sprovvista di regolare decreto autorizzativo – benché utile alla ricostruzione del fatto – non può trovare ingresso nel processo.

⁴¹ Testualmente, Mazza, *Verità reale e verità processuale*, cit., 713 ss.

⁴² Così Nobili, *Cosa si può rispondere all’invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: “Voi invocate le forme perché non avete i principi”?*, in *Critica del diritto*, 1994.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

nel provvedimento irrevocabile e verificandone la regolarità e l'efficacia. Divenuto, infatti, definitivo tale provvedimento, inizia una nuova sequela di attività affinché alla decisione giurisdizionale conseguano effetti concreti. Nel diritto processuale penale, quindi, l'esecuzione costituisce il momento che segue, in rapporto di logica e cronologica successione, la conclusione del processo di cognizione⁴³.

Sotto il profilo processuale, l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali irrevocabili presenta le medesime caratteristiche dell'azione penale: obbligatorietà dell'esecuzione, iniziativa *ex officio*, irretattabilità dell'esecuzione, monopolio dell'azione esecutiva nelle mani del pubblico ministero.

È pertanto, attraverso l'art. 650 c.p.p., che la verità di fatto contenuta nel provvedimento irrevocabile si trasforma in verità di diritto del giudicato. Come rilevato in dottrina, con il passaggio in giudicato della sentenza, "il dovere di verità proprio della fase di cognizione si trasforma in potere di verità proprio della fase di esecuzione"⁴⁴.

A ben vedere, poi, la fase esecutiva non è assolutamente scevra da **fatti giuridici, preesistenti o sopravvenuti**, che possono incidere sulla sua validità, sulla sua efficacia o sulla sua concreta modalità di svolgimento.

Questi fatti giuridici, idonei a produrre effetti modificativi o estintivi nella fase attuativa del comando giurisdizionale, richiedono la necessità di un loro solette accertamento anche in ragione dei diritti primari della persona coinvolti; accertamento devoluto ad un organo giurisdizionale con specifica competenza, il giudice dell'esecuzione.

In sintesi estrema, quindi, **due sono i momenti essenziali** che costituiscono la fase processuale dell'esecuzione: uno "**meramente attuativo**" del comando contenuto nel provvedimento giurisdizionale esecutivo, che si sostanzia essenzialmente nelle attività demandate al pubblico ministero dagli artt. da 655 a 664 c.p.p. e l'altro invece di tipo "**decisorio-giurisdizionale**", che si sostanzia negli interventi che abbiamo visto costituire oggetto della giurisdizione esecutiva.

Tale intervento giurisdizionale può esplicarsi: 1) nel **procedimento esecutivo tout court**, concernente tutte le questioni relative all'esistenza del titolo esecutivo e problematiche a questo connesse; 2) nel **procedimento di sorveglianza** attinente all'applicazione delle misure alternative alla detenzione e tutto ciò che

⁴³ Naturale e logico corollario del procedimento penale, l'esecuzione trova per lo più regolamentazione nel libro X del codice di procedura penale, ma gli aspetti attinenti al casellario giudiziario e alle spese sono disciplinati rispettivamente nel d.p.r. 14-11-2002, n. 313 e nel d.p.r. 20-5-2002, n. 115.

⁴⁴ Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, cit., 2009, 182.

concerne la modificazione delle pene, nonché i provvedimenti in tema di misure di sicurezza.

In particolare, al giudice dell'esecuzione è attribuito il compito di operare in sede di controllo e verifica dei presupposti e delle condizioni di legittimità delle attività di attuazione del comando mentre alla magistratura di sorveglianza è affidato principalmente il compito di operare in sede di controllo e di verifica del permanere della rispondenza tra contenuto sanzionatorio del comando e il fine rieducativo assegnato allo stesso cfr. rispettivamente il capo I e il capo II del titolo III del libro X nonché gli artt. 665 e 677 c.p.p.).

È, peraltro, pacifico che entrambi questi giudici operino con forme comuni e tra loro coordinate, descritte rispettivamente all'art. 666 c.p.p. per il giudice dell'esecuzione e all'art. 678 c.p.p. per la magistratura di sorveglianza e denominate altrettanto rispettivamente procedimento di esecuzione e procedimento di sorveglianza. Ciò che accomuna questi procedimenti è il fatto di essere strutturati secondo le forme della giurisdizione e quindi con il rispetto quantomeno delle regole minime fissate dalla Carta costituzionale per dette forme processuali; occorre salvaguardare il principio della terzietà del giudice: il diritto di difesa (inteso nelle sue due accezioni di difesa tecnica e di autodifesa); il diritto al contraddittorio e quello all'impugnazione del provvedimento decisorio.

2. Un breve confronto tra il giudice dell'esecuzione del 1930 e quello del 1988. Conseguenze interpretative

Alla stregua delle considerazioni svolte, appare possibile, allo scopo di trarne le dovute conseguenze interpretative, individuare la **principale fondamentale diversità** tra la figura del giudice degli incidenti del codice abrogato (cfr. art. 628) e quella dell'attuale giudice dell'esecuzione.

Il primo era un organo giurisdizionale chiamato a pronunciarsi nella fase *post rem iudicatam* su tutte le questioni concernenti l'esecuzione del provvedimento (quelle appunto definite "incidenti di esecuzione"), il secondo è lo stesso organo giurisdizionale, chiamato però non più a decidere su "incidenti", ma a "conoscere dell'esecuzione" del provvedimento da eseguire.

Non si tratta di una mera differenza terminologica ma, assai diversamente, di un **profondo cambiamento di impostazione** voluto ed attuato dalla riforma del 1988. Prima di allora, infatti, gli interventi del giudice dell'esecuzione erano connotati dai caratteri dell'occasionalità e dell'accessorietà, secondo lo schema tipico dei procedimenti incidentali. A conferma di ciò, è stato evidenziato anche in dottrina che sotto la vigenza del codice del '30 l'intervento del giudice nella fase esecutiva "aveva carattere saltuario ed episodico, costituendo un'eccezione nel panorama delle attività di competenza del pubblico ministero: esso era innanzitutto occasionalmente occasionato dall'incidente d'esecuzione, meccanismo soltanto

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

eventuale volto a dirimere le controversie sul titolo esecutivo".⁴⁵ Tale impostazione, peraltro, era in sintonia con il carattere amministrativo della fase esecutiva.

Lo scenario, per come in parte evidenziato, muta completamente con l'approvazione del codice del 1988. La locuzione prescelta dal legislatore "conoscere dell'esecuzione" conferisce al giudice uno spazio di intervento non più circoscritto ai singoli incidenti. In particolare, al legislatore del 1988 va riconosciuto il merito di aver creato una autentica giurisdizione esecutiva parallela e non più subordinata al procedimento di attuazione del titolo. Ne consegue non solo che il giudice può controllare i provvedimenti emanati dal pubblico ministero, ma anche che può emettere direttamente, se interpellato, il decreto di cumulo pene o il provvedimento di computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo, pur rientrando tali provvedimenti nella competenza del pubblico ministero.

La disciplina attuale fornisce, inoltre, significative innovazioni anche sotto il profilo dei poteri riconosciuti all'organo giurisdizionale che risultano svincolati dal giudicato. Si pensi, in particolare, alla risoluzione del conflitto pratico di giudicati (art. 669 c.p.p.), all'intervento *quoad poenam* a seguito di applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato (art. 671 c.p.p.), per giungere fino alla revoca del titolo nei casi di *abolitio criminis* (art. 673 c.p.p.).

Ma si pensi, soprattutto, con riserva di successivo immediato approfondimento, alla possibilità riconosciuta dalle Sezioni Unite al giudice dell'esecuzione di ridefinire, nella fase *post rem indicatam*, la pena irrogata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma incidente sul trattamento sanzionatorio, in modo da vincere la preclusione del giudicato, che ha in un certo qual modo stravolto i poteri di intervento di tale organo giurisdizionale. In effetti, non può negarsi che stiamo assistendo al **venir meno della *firmittas* del giudicato** di condanna per vicende sopravvenute all'irrevocabilità della sentenza e alla fase esecutiva della stessa.

3. La crisi del giudicato e i poteri del giudice dell'esecuzione

Per come in precedenza accennato, sembra possibile affermare che l'interprete assista ormai, innegabilmente, ad un cambiamento epocale, quello del *venir meno*, alla stregua di plurimi autorevoli interventi giurisprudenziali, della *firmittas* del giudicato di condanna per vicende sopravvenute alla irrevocabilità della sentenza e alla fase esecutiva della stessa. Si tratta, in particolare, di un **inarrestabile *iter* di "erosione dell'intangibilità del giudicato"**. Gli aspetti più importanti di

⁴⁵ In questi termini, Dean, *Esecuzione penale*, cit., 231 ss.

questa metamorfosi della fase *post rem iudicatam* atengono proprio, significativamente, ai poteri di intervento da parte del giudice dell'esecuzione in senso modificativo del giudicato penale di condanna.

Il tema in questione va affrontato ricostruendo – seppur brevemente – le ultime e più significative vicende giurisprudenziali. Sono, infatti, intervenute numerose declaratorie d'illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria, *sub specie* delle circostanze del reato, approntata dal legislatore.

Si ha riferimento, anzitutto, all'aggravante della c.d. clandestinità, dichiarata illegittima con la sentenza della Corte costituzionale 249/2010⁴⁶, poiché fondata sul mero *status* soggettivo del reo.

È il caso ancora della ritenuta incostituzionalità del capoverso dell'art. 62 *bis* c.p., dichiarata con sentenza 183/2011⁴⁷, relativa alla delimitazione, per il giudice della cognizione, della concessione delle circostanze attenuanti generiche sulla base della condotta del reo successiva al reato.

Ancora, alla ritenuta incostituzionalità della limitazione del giudizio di bilanciamento dichiarata con sentenza 251/2012⁴⁸ – dalla quale hanno preso le mosse le Sezioni Unite pronunciando la sentenza del 29-5-2014 –, che ha censurato l'art. 69, 4° comma, c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, 5° comma, d.p.r. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, 4° comma, c.p.

Nella medesima prospettiva, è anche possibile ricordare le vicende della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale per i delitti di cui agli artt. 266 e 267 c.p. (alterazione e soppressione di stato), la quale è stata ritenuta, considerato l'automatismo applicativo di tale pena accessoria, con conseguente preclusione per il giudice di una valutazione in concreto dell'interesse del minore, illegittima dalle sentenze costituzionali 31/2012⁴⁹ e 7/2013⁵⁰, nonché quelle relative alle

⁴⁶ C. cost. 5-7-2010, n. 249, in *Foro it.*, 2010, 2929.

⁴⁷ Cfr. C. cost. 7-6-2011, n. 183: “è costituzionalmente illegittimo l'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., come sostituito dall'art. 1, co. 1, l. 5-12-2005, n. 251, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del co. 1 dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato”.

⁴⁸ C. cost., 5-11-2012, n. 251. Si consiglia Caruso, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 219 ss.

⁴⁹ Cfr. C. cost. 15-2-2012, n. 31, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1575, in *Foro it.*, 2012, 1992: “è costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di ragionevolezza, l'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, co. 2, c.p., consegna di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto”.

⁵⁰ C. cost. 16-1-2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, 169.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

pene detentive inflitte per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p. prima della sentenza costituzionale 68/2012⁵¹, che ha esteso a tale ipotesi criminosa la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., già applicabile al sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione di cui all'art. 289 *bis* c.p.; infine, le pene detentive per i delitti di ricettazione e di violenza sessuale inflitte con sentenza passata in giudicato nei confronti di imputati recidivi reiterati prima delle recentissime sentenze "gemelle" 105/2014 e 106/2014⁵², che hanno anche in questo caso dichiarato incostituzionale il divieto di prevalenza delle attenuanti previsto dall'art. 69, 4° comma, c.p., nella parte in cui escludeva che potesse riconoscersi la prevalenza delle attenuanti di cui, appunto, rispettivamente all'art. 648, 2° comma, c.p. (fatto di particolare tenuità) e all'art. 609 *bis*, 3° comma, c.p. (fatto di lieve entità) sull'aggravante di cui all'art. 99, 4° comma, c.p.

Ciò posto, la più rilevante tra le pronunce del genere sembra essere la **recentissima sentenza 32/2014**⁵³, da cui si prenderà spunto per analizzare i poteri del giudice dell'esecuzione nell'applicazione della pena.

Con tale ultima pronuncia è stata infatti, in particolare, dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione degli artt. 4 *bis* e 4 *ter*, d.l. 20-12-2005, n. 272, conv., con modif., in l. 21-2-2006, n. 49 (legge Fini-Giovanardi) che aveva modificato l'art. 73, d.p.r. 309/1990, unificando il trattamento sanzionatorio tra droghe pesanti e droghe leggere, finendo con il prevedere una pena più lieve per le prime e più severa per le seconde. L'effetto che ne è scaturito da tale pronuncia è la riviscenza della precedente normativa contenuta nella legge Iervolino-Vassalli.⁵⁴

A seguito di tale pronuncia si è posto il problema del trattamento esecutivo spettante a chi, avendo commesso il fatto sotto la vigenza della Fini-Giovanardi, al momento della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale risultava destinatario di una sentenza già passata in giudicato. Più specificamente, ci si

⁵¹ C. cost. 19-3-2012, n. 68: "è costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità", in *Cass. pen.*, 2012, 2393 ss., con nota di Seminara, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*.

⁵² C. cost. 14-4-2014, 105 e 14-4-2014, n. 106, commentate da Civello, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in *Arch. pen.* online.

⁵³ C. cost., 12-2-2014, n. 32.

⁵⁴ Trattasi del d.p.r. 9-10-1990, n. 309. Tale legge prevede per detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti previste nelle Tabelle I e III la reclusione da 8 a 20 anni (oltre la multa), mentre per detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti previste nelle Tabelle II e IV la reclusione da 2 a 6 anni (oltre la multa da euro 5.164 a euro 77.468).

è chiesti se, a seguito della rimozione della norma incostituzionale e della conseguente riviviscenza della disciplina contenuta nella legge Iervolino-Vassalli, il condannato potesse chiedere la **rideterminazione della pena in fase esecutiva nonostante la formazione del giudicato**. È pacifico, innanzitutto, che la questione investe esclusivamente i reati concernenti le droghe leggere, essendo solo questo il caso in cui il condannato ha interesse all'applicazione della disciplina contenuta nella Iervolino-Vassalli, in quanto più favorevole.

Entrando in *medias res*, i giudici costituzionali hanno chiarito che dalla dichiarazione di illegittimità non possono derivare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato e, pertanto, è attribuito al giudice il compito di individuare ed applicare la disciplina più favorevole, "tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 c.p.*".

In tal modo ha avuto origine la ormai *vexata quaestio* relativa alla possibilità di rideterminare, nella fase *post rem iudicatam*, la pena irrogata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma incidente sul trattamento sanzionatorio, in modo da vincere la preclusione del giudicato.

La questione è stata recentemente affrontata e risolta in termini positivi dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza del 29-5-2014⁵⁵.

La Cassazione era stata chiamata in particolare a decidere la questione relativa agli effetti della sentenza 251/2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, 4° comma, c.p., nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, 5° comma, d.p.r. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, 4° comma, c.p.

Orbene, mediante l'informazione provvisoria diramata dopo l'udienza, le Sezioni Unite, non si sono limitate esclusivamente a fornire risposta positiva al quesito, ma hanno voluto anche precisare, con effetti interpretativi di carattere evidentemente generali rispetto alla evocata declaratoria di incostituzionalità della equiparazione sanzionatoria tra le c.d. "droghe leggere" e quelle "pesanti", e del conseguente ripristino, rispetto alle prime, delle assai più contenute sanzioni proprie della precedente disciplina normativa, che il giudice dell'esecuzione "ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, 5° comma, d.p.r. 309/1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di

⁵⁵ Cass., sez. un., 29-5-2014 (dep. 14-10-2014), n. 42858.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza della Corte costituzionale 32/2014, senza tenere conto di successive modifiche legislative”.

Tale principio di diritto è peraltro perfettamente in linea con quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza del 24-10-2013, depositata il 7-5-2014, n. 18821, relativa alla sostituzione, con la pena di anni trenta di reclusione, delle condanne all'ergastolo inflitte in applicazione dell'art. 7, 1° comma, dl. 24-11-2000, 341, all'esito del giudizio abbreviato richiesto dall'interessato nella vigenza della più mite disciplina fissata dall'art. 30, 1° comma, lett. b), l. 16-12-1999, n. 479.

In tale ultima pronuncia, la Corte ha affermato l'**importante principio**, secondo cui “il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona”, con la conseguenza che non è possibile dare esecuzione ad una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, costituzionalmente illegittima. Ancora, si è significativamente osservato che “l'istanza di legalità della pena ... è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. ‘situazione esaurita’, che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, 2° comma, e art. 23, 2° comma.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento”.

Alla stregua del richiamato precedente, la conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite con la sentenza del maggio 2014, anche in considerazione del recente deposito delle motivazioni, oggetto di immediato successivo approfondimento, appare assolutamente condivisibile, affermandosi in sostanza la necessità della prevalenza, all'esito di un **bilanciamento di interessi**, di quello correlato alla inviolabilità della libertà personale rispetto ai contrapposti interessi comunque connessi all'inviolabilità del giudicato. Si afferma, in sostanza, il principio secondo il quale, il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi si correla a interesse di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto a quelli invece sottesi all'intangibilità del giudicato. In quest'ottica, conseguentemente, una pena irrogata sulla base della vecchia normativa oggi dichiarata incostituzionale deve essere considerata illegittima sia sotto il **profilo oggettivo**, in quanto derivante dall'applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo la sentenza irrevocabile, sia sotto il **profilo soggettivo**, poiché, almeno per una sua parte, non potrebbe dirsi finalizzata alla rieducazione del

condannato e costituirebbe addirittura un ostacolo al perseguimento di tale scopo, essendo inevitabilmente avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata non già determinata dal giudice nell'esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione.

Alla stregua delle svolte osservazioni, non può anzitutto evitarsi di rilevare come la **conclusione adottata dalle Sezioni Unite costituisce in realtà l'unica strada percorribile per porre rimedio ad eventuali errori del legislatore**, anche se il problema più delicato era ed è quello di tratteggiare "natura e limiti" del potere di intervento del giudice dell'esecuzione nella evocata operazione di ripristino della legalità costituzionale "violata".

Ciò posto, è proprio su tale punto che la medesima cassazione sembra aver tradito le attese degli interpreti, giacché, alla stregua di una attenta lettura della motivazione, risulta non chiaramente indicata la soluzione che deve essere concretamente adottata dal giudice dell'esecuzione nella operazione di rideterminazione della pena, essendo, anche dopo l'intervento in questione, individuabili diverse soluzioni.

In questa prospettiva, prima ancora di esaminare il *dictum* ed il relativo percorso argomentativo della sentenza in questione, appare quindi necessario prospettare le **varie possibili soluzioni** che avrebbero potuto essere indicate dalla cassazione nel concretamente delimitare l'ampiezza del potere del giudice dell'esecuzione nella applicazione della nuova pena.

Due riconducibili a "meccanismi automatici di tipo matematico" ed una che lascia maggiori margini di manovra a tale giudice, consentendogli di rimodulare il complessivo trattamento sanzionatorio sulla base ai criteri indicati dall'art. 133 c.p.

In particolare, avendo riferimento alla possibilità di una delibazione di tipo automatico, e senza alcuna pretesa di esaustività, stante la complessità e la rilevanza della questione, la prima soluzione non consente al giudice dell'esecuzione di effettuare valutazioni discrezionali, quali quelle richieste per la concreta determinazione della pena. Si tratterebbe, quindi, di applicare "automaticamente" la pregressa cornice sanzionatoria, potendo peraltro tale operazione essere eseguita seguendo due metodi differenti: *a)* applicando la pena massima, attribuendo quindi al giudice esclusivamente il potere di ricondurre le pene illegali – vale a dire quelle superiori ai nuovi massimi edittali (sei anni) per il fatto di reato corrispondente – alla dimensione legittima costituita dal nuovo massimo editale; *b)* oppure irrogando la nuova pena in maniera "proporzionale" a quella inflitta prima dell'intervento della Corte costituzionale (per es., nel caso delle droghe leggere, se fosse stata inflitta una sanzione pari al minimo editale previsto dalla

L. 21-2-2006, n. 49, vale a dire “sei anni”, si dovrebbe applicare il minimo editale di “due anni” previsto dalla norma ripristinata).

Alla stregua della seconda soluzione, invece, correlata all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice dell'esecuzione, sarebbe consentito al medesimo il potere di rideterminare la pena in virtù della ripristinata cornice editale più favorevole al reo, quantificandola sulla base degli elementi evincibili dalla sentenza di condanna, ferme restando però le “vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta”.

Ciò posto, l'adesione a meccanismi automatici, ritenendo in sostanza che l'unica valutazione imposta al giudice sarebbe quella di intervenire sulla pena illegale rispetto alla normativa che riveve per effetto della sentenza della Corte costituzionale, sembra poter incorrere nella critica secondo cui, così facendo, non verrebbe ripristinata la legalità costituzionale violata perché, attraverso l'automatica irrogazione di una pena pari all'odierno massimo editale, al condannato potrebbe essere inflitta una pena sproporzionata all'effettiva gravità del fatto e, come tale, incompatibile con la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

Percorrendo invece la seconda delle soluzioni prospettate, avversa a qualsiasi forma di automatismo, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in virtù della ripristinata cornice editale più favorevole al reo, quantificandola sulla base degli elementi evincibili dalla sentenza di condanna, ferme, però, “le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta”. In questa prospettiva, il giudice dell'esecuzione non potrà pertanto ritenere l'attenuante del fatto di lieve entità (o altra attenuante), laddove esclusa dal giudice della cognizione, e potrà riformulare il giudizio di comparazione tra la già riconosciuta attenuante di cui all'art. 73, 5° comma, d.p.r. cit., e le ritenute aggravanti, dando prevalenza all'attenuante, solo laddove detta prevalenza sia stata esclusa dal giudice della cognizione in ragione del vincolo imposto dall'art. 69, 4° comma, c.p., dichiarato incostituzionale. Parimenti, il giudice dell'esecuzione non potrà escludere la lieve entità del fatto affermata dal giudice della cognizione e non potrà disapplicare la recidiva ritenuta applicabile dal giudice della cognizione, rientrando tale valutazione in una scelta di merito che non può essere rimessa in discussione e che vincola il giudice dell'esecuzione.

A sostegno della soluzione appena richiamata, sembra del resto anche porsi la circostanza correlata alla attuale attribuzione alla giurisdizione esecutiva di poteri molto ampi, potendo, in particolare, il giudice esercitare attività istruttoria nel rispetto del contraddittorio, ove ritenuto necessario ai fini della decisione (cfr. art. 665, 5° comma, c.p.p.). Seguendo questo filone di pensiero, la pena deve

essere rideterminata sulla scorta degli stessi elementi sul fatto e della personalità del condannato che avevano nella precedente valutazione indotto il giudice ad individuare in concreto la pena irrogata nell'ambito dell'arco editale. Più precisamente, alla stregua dell'evocato indirizzo, occorre rideterminare la pena, senza alcun automatismo, effettuando la valutazione "ora per allora alla luce della trasposizione in concreto degli indici di cui all'art. 133 c.p. cristallizzati nelle statuizioni sostanziali del giudice della cognizione".

Questa tra le soluzioni prospettate, quella che la cassazione sembra aver preferito anche se, alla stregua della sostanziale genericità della motivazione, non è francamente agevole comprendere l'effettiva portata del potere eccezionalmente riconosciuto al giudice dell'esecuzione.

Ed invero, in sintesi estrema e volutamente trascurando le altre parti della sentenza che non rilevano in questa sede, **dalla evocata pronuncia emerge quanto segue:** 1) al giudice dell'esecuzione sono stati riconosciuti poteri piuttosto elastici nel rimodulare il trattamento sanzionatorio secondo i parametri dell'art. 133 c.p.; 2) gli spazi di manovra del giudice dell'esecuzione non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma incidenti anche sul contenuto di esso allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigono⁵⁶; 3) il procedimento di esecuzione è il mezzo con cui investire il giudice dell'esecuzione di tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo; 4) il giudice dell'esecuzione è munito di "penetranti poteri di accertamento e di valutazione ben più complessi di quelli richiesti in un giudizio di comparazione tra circostanze"; 5) nell'ambito di tale potere-dovere, il giudice ha la stessa libertà del giudice della cognizione, ma ciò che gli resta assolutamente precluso è il compimento di operazioni escluse in modo chiaro in sede di cognizione per ragioni di merito. Con riferimento a tale ultimo punto, va evidenziato che, se così non fosse, si realizzerebbe uno stravolgimento dei ruoli e delle funzioni processuali, in quanto non è assolutamente consentito a tale giudice di assumere provvedimenti contrastanti con le valutazioni del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile.

⁵⁶ Nella parte motiviva della sentenza le Sezioni Unite evidenziano che il giudice dell'esecuzione "non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, 3° comma, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)". Si veda p. 40 della predetta pronuncia.

Ciò posto, riconosciuto come, sulla scia della precedente e sovramenzionata sentenza del 24-10-2013, le Sezioni Unite abbiano attribuito un **potere davvero ampio al giudice dell'esecuzione**, è altrettanto vero che in concreto non risulti anzitutto agevole individuare le “operazioni escluse dal giudice della cognizione per ragioni di merito”, laddove non può davvero sottracersi come spesso alcuni passaggi argomentativi dei giudici in tema di calcolo di pena risultino piuttosto generici e, in molti casi, risultino utilizzate mere formule di stile.

Nella medesima prospettiva, deve anche rilevarsi come, mentre le Sezioni Unite precisano correttamente che l'esplicazione del potere di rideterminare la pena debba avvenire sulla base dei **parametri dell'art. 133 c.p.**, vale a dire sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere del reo, è evidente, nel caso di specie, come rispetto agli evocati parametri debba porsi seriamente il problema, al di là di vuote affermazioni linguistiche, della possibilità di discrezionalmente incidere sulle precedenti valutazioni di merito.

In particolare, con riferimento alla **gravità del reato**, non è discutibile che il più ristretto intervallo sanzionatorio proprio della disciplina in tema di punizione dei reati correlabili alle c.d. “droghe leggere”, renda assai problematico riconfermare la sanzione senza entrare nel merito della condotta concretamente ascritta al condannato.

Per quanto invece attiene alla **pericolosità del condannato**, non è seriamente contestabile che, rispetto ad alcuni parametri individuati dall'art. 133 c.p., ovvero: la condotta susseguente al reato di cui alla lett. 3), e le condizioni di vita individuale e sociale del reo di cui alla lett. 4), si ponga seriamente il problema se poter in qualche modo considerare, rispetto ad una valutazione da svolgere a distanza di tempo, la realtà del momento in cui il giudice dell'esecuzione viene investito del dovere di rimodulare la pena per ripristinare la legalità violata, ovvero, con giudizio certamente innaturale rispetto a una delibazione costituzionalmente diretta a consentire la concreta rieducazione del condannato, se limitarsi al momento magari di gran lunga cronologicamente antecedente, in cui si realizza la consumazione del reato.

Considerazioni, queste appena accennate, che però al di là di qualsivoglia possibile suggestione da “semplificazione esegetica”, non possono innegabilmente incidere sulla descritta primaria esigenza di adeguamento della sanzione alle effettive caratteristiche della fattispecie giudiziale oggetto di verifica, così anche caratterizzandosi, in relazione a tale fondamentale esigenza il reale atteggiarsi e la concreta natura del giudice dell'esecuzione e conseguentemente imponendosi di necessariamente ripudiare ogni meccanismo automatico di rideterminazione della pena.

A conferma della indiscutibile complessità e vischiosità del tema trattato dalle Sezioni Unite, si segnala una recentissima pronuncia di legittimità che ha affrontato la questione della rideterminabilità della pena *in executivis* qualora la pena incostituzionale sia stata inflitta all'esito del rito alternativo dell'applicazione su richiesta delle parti.

Tale pronuncia suscita interesse perché la Prima Sezione, nel riconoscere il potere di rideterminazione della pena, ha indicato un diverso criterio rispetto a quello prescelto dalle Sezioni Unite. È stato infatti stabilito che il giudice deve seguire un criterio oggettivo di tipo aritmetico proporzionale tenuto conto dei mutati parametri editali e aggiungendo al nuovo minimo di pena la stessa percentuale di aumento di pena che era stato applicato dal giudice della cognizione⁵⁷. Ma vi è di più, la Prima Sezione, optando per tale criterio, finisce con l'investire di tale potere la Corte di Cassazione, la quale procederà ai sensi dell'art. 620, lett. D, c.p.p.

A conferma del predetto orientamento, si segnala una informazione provvisoria diramata all'esito della udienza del 26-2-2015, secondo cui le Sezioni Unite hanno risolto in modo affermativo il seguente quesito "se per i delitti previsti dall'art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990, in relazione alle droghe c.d. leggere, la pena applicata con sentenza di patteggiamento sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale debba essere rideterminata anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice editale applicabile" (numero registro generale 22621/2014).

Analogamente, a prescindere dall'ipotesi di pena "patteggiata", sembra collocarsi altra decisione emessa nell'ambito della medesima udienza, affermandosi nell'informazione provvisoria che le Sezioni Unite hanno risolto affermativamente anche il seguente quesito "se l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione per i delitti previsti dall'art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990 in relazione alle droghe leggere, quando gli stessi costituiscono reati-satellite, debba essere oggetto di specifica rivalutazione alla luce della più favorevole cornice editale applicabile per tali violazioni in conseguenza della riviviscenza della precedente disciplina determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014" (numero registro generale 48107/2013).

4. I criteri di individuazione del giudice dell'esecuzione

Il criterio "generale" prescelto dal legislatore per determinare il giudice dell'esecuzione è racchiuso nel primo comma dell'art. 665 c.p.p., a tenore del

⁵⁷ Cfr. Cass., I, 25-11-2014 (dep. 12.12.2014), n. 51844, Riva.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

quale "salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato"⁵⁸.

Così facendo, quindi, è prevalsa l'opzione di attribuire la risoluzione dei quesiti concernente l'attuazione del titolo esecutivo a chi ha già preso cognizione del fatto, al fine di ottenere efficienza e rapidità nella risoluzione dei quesiti⁵⁹. Peraltro, tale scelta non è sfuggita alle critiche di chi ha rilevato che "la forza della prevenzione", insita nella naturale tendenza a non mutare un giudizio già espresso ed alla base delle incompatibilità endoprocessuali, urterebbe con il principio di imparzialità e terzietà del giudice.

L'evocato peculiare criterio di competenza previsto dal comma di apertura dell'art. 665 c.p.p., trova applicazione anche quando il giudice della cognizione abbia deliberato senza averne la competenza per territorio o per materia, nonché qualora il giudice che ha emanato la sentenza da eseguire abbia occasionalmente definito il giudizio di primo grado. Nella medesima prospettiva, può essere del resto giudice dell'esecuzione anche il giudice per le indagini preliminari che abbia emesso il decreto penale di condanna o il giudice dell'udienza preliminare che abbia reso la sentenza all'esito di giudizio abbreviato⁶⁰.

Peraltro, il problema dell'individuazione del giudice dell'esecuzione, si è anche significativamente manifestato in sede di accertamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità.

In particolare, l'art. 74, d.lg. 8-6-2001, n. 231 attribuisce la competenza a decidere dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato al giudice indicato nell'art. 665. Così, ai sensi del capoverso dell'art. 74, d.lg. 231/2001 il giudice dell'esecuzione è anche (e non solo) competente in ordine: alla cessazione dell'esecuzione delle sanzioni nei casi di abrogazione del reato presupposto o della sanzione amministrativa previsti dall'art. 3, d.lg. 231/2001; alla cessazione dell'esecuzione nei casi di estinzione del reato per amnistia; alla determinazione della sanzione amministrativa applicabile nelle ipotesi di

⁵⁸ Caselli Lapeschi, *Art. 665 c.p.p.*, in Conso-Grevi, *Commentario* 2005, 2269; Ciani, *Art. 665 c.p.p.*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, 2, IX, 231; Filippi, *Sull'individuazione del giudice dell'esecuzione secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it.*, 1991, II, 46; Fiorentin-Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova 2007.

⁵⁹ In alternativa, il legislatore avrebbe potuto assegnare tale compito ad un diverso organo giudiziario, così da recuperare, anche in questa fase, la figura di giudice terzo, inteso come quello che non ha avuto in precedenza conoscenza della vicenda e, quindi, non è condizionato da "pregiudizi".

⁶⁰ In tal senso Cass., I, 16-11-1999, n. 6270, *CED Cass.*, rv. 214836; Cass., III, 21-11-2002, n. 2415, *CED Cass.*, rv. 223233; Cass., I, 5-11-1996, n. 5764, *CED Cass.*, rv. 206179, *contra*, Cass., I, 15-1-1999, n. 424, *CED Cass.*, rv. 212583; Cass., I, 10-5-2011, n. 22868, *CED Cass.*, rv. 250447.

cui all'art. 21, 1° e 2° comma, d.lg. 231/2001 e di concorso formale o di continuazione fra illeciti amministrativi derivanti da reato, alla confisca e restituzione delle cose sequestrate⁶¹.

Ciò posto, e avendo riferimento alla *ratio* della evocata previsione, l'individuazione del giudice competente per l'esecuzione può comportare maggiori difficoltà qualora la parte abbia regolarmente esperito i mezzi di impugnazione a sua disposizione. Ed invero, ferma restando la regola "generale" sancita nel primo comma dell'art. 665 c.p.p., esistono, e appaiono nel loro risvolto operativo, meritevoli di attenta considerazione, "**regole sussidiarie**" applicabili in seguito ad eventuali impugnazioni ovvero nel caso di esecuzione di più provvedimenti emessi nei confronti dello stesso soggetto da giudici diversi.

In particolare, con riferimento alla prima ipotesi, occorre distinguere a seconda che sia stato proposto appello o anche ricorso per cassazione. Nel caso di presentazione del solo appello, il criterio dettato dal capoverso dell'art. 665 c.p.p. è, infatti, quello della c.d. **modifica sostanziale del provvedimento**. Ciò significa che se il provvedimento è stato confermato o riformato esclusivamente in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, la competenza spetta al giudice di primo grado; diversamente sarà competente quello d'appello.

Problemi interpretativi sono sorti per comprendere cosa si debba intendere per riforma "soltanto in relazione alla pena". Occorre cioè circoscrivere i contorni del concetto di riforma sostanziale del provvedimento, la cui ricorrenza determina la competenza, in funzione di giudice dell'esecuzione, del giudice d'appello.

In tale ottica, per la giurisprudenza di legittimità costituisce significativamente mutazione sostanziale del provvedimento oggetto di impugnazione la modifica della pena come conseguenza della diversa qualificazione giuridica del fatto e ciò sia in caso di pena immutata⁶², posto che la diversa determinazione della pena non rappresenta la decisione principale del giudice di secondo grado, ma deriva da una diversa valutazione del fatto-reato originariamente contestato, sia nel caso di modifiche *quoad poenam* derivanti dal riconoscimento o dall'esclusione del vincolo della continuazione⁶³.

Rientrano, inoltre, tra le ipotesi di modifica sostanziale del provvedimento anche le modifiche alla pena inflitta derivanti dalla riconosciuta sussistenza o

⁶¹ Bassi, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in Bassi-Epidendio (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006.

⁶² Costi, Cass., I, 19-1-2000, n. 396, *CED Cass.*, IV, 215370.

⁶³ Cass., I, 12-11-2002, n. 43535, *CED Cass.*, IV, 223222; Cass., I, 20-11-1998, n. 5772, *CED Cass.*, IV, 212445.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

meno di circostanze o dalla loro comparazione⁶⁴. Anche in questi casi, infatti, la diversa determinazione della pena non rappresenta la decisione principale del giudice del gravame, ma deriva da una modifica del giudizio di comparazione tra circostanze, raggiungendo, quindi, un diverso e più penetrante grado di intensità che è tale da rendere necessaria la sua competenza a decidere sull'esecuzione della sentenza.

Sempre nella medesima prospettiva, in giurisprudenza, si considera rielaborazione sostanziale anche la concessione o la revoca della sospensione condizionale della pena o la non menzione⁶⁵. Diversamente, non può considerarsi modifica sostanziale e, quindi non incide sull'individuazione del giudice di esecuzione competente in caso di condanna in appello confermativa della condanna di primo grado, l'ipotesi in cui il giudice d'appello abbia eliminato la condizione apposta alla concessione della sospensione condizionale⁶⁶.

Infine, è stata ritenuta una rielaborazione sostanziale anche la dichiarazione di estinzione del reato oggetto della condanna in primo grado, poiché detta pronuncia introduce una modificazione strutturale di questa ultima escludendo l'affermazione di colpevolezza per uno dei reati contestati all'imputato⁶⁷.

Per quanto concerne la seconda delle ipotesi, quella in cui sia stato avanzato ricorso per cassazione, occorre fare riferimento alla disposizione di cui all'art. 665, 3° comma, c.p.p., che prevede due ipotesi: *a)* declaratoria di inammissibilità del ricorso, rigetto o annullamento senza rinvio; *b)* annullamento con rinvio. Avendo il legislatore escluso che la Suprema Corte di Cassazione possa svolgere funzioni di giudice dell'esecuzione, nell'ipotesi *sub a)* la competenza risulta radicata in capo al giudice di primo grado nel caso si sia trattato di ricorso *per saltum* ovvero di ricorso avverso provvedimento inappellabile o, ancora, nell'evenienza che oggetto di impugnazione sia stato un provvedimento confermato in appello o riformato solo in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili.

Diversamente, nell'ipotesi di “**riforma sostanziale**” da parte del giudice di appello, la competenza si radicherà in capo a quest'ultimo.

⁶⁴ *Ex multis*, Cass., I, 6-3-1997, n. 1850, *CED Cass.*, rv. 207320, nonché Cass., I, 26-6-1991, n. 2880, *CED Cass.*, rv. 187889, con riferimento specifico alla recidiva, I, 5-5-2010, n. 20010, *CED Cass.*, rv. 247594.

⁶⁵ Si vedano, Cass., I, 28-3-2000, n. 2295; Cass., I, 8-7-2004, n. 36250; Cass., III, 4-2-2010, n. 17176, *CED Cass.*, rv. 246973.

⁶⁶ Cass., III, 21-6-2011, n. 34613, *CED Cass.*, rv. 251083.

⁶⁷ Cass., II, 11-8-1988, n. 5980, *CED Cass.*, rv. 179066; in termini, Cass., III, 14-4-2002, n. 18996, *CED Cass.*, rv. 221699; più recentemente anche Cass., I, 27-10-2009, n. 42896, *CED Cass.*, rv. 245550.

Invece, nell'ipotesi *sub b*), cioè annullamento con rinvio, il giudice dell'esecuzione sarà proprio il giudice di rinvio. Tale autonoma regola, poi, prescinde dalla circostanza che il giudice di rinvio abbia confermato, o meno, la sentenza di primo grado⁶⁸.

Va esaminato anche il caso di **sentenze emesse nei confronti di più soggetti**, per il quale vige il **principio della tendenziale unicità della giurisdizione**. Due sono le ipotesi che si possono profilare: da un lato una sentenza di primo grado emessa nei confronti di più imputati, solo per alcuni di essi è intervenuta – in appello – una rielaborazione sostanziale della sentenza stessa e, dall'altro, un processo con più imputati definito, con passaggio in giudicato della relativa sentenza, solo per alcuni di essi, proseguendo per gli altri. Per la prima, proprio in virtù del principio della tendenziale unicità della giurisdizione, una volta passata in giudicato la sentenza, il giudice dell'esecuzione è quello d'appello anche se per uno degli imputati non vi è stata modifica sostanziale e sarebbe stato competente, quindi, il giudice di prima istanza⁶⁹. Il medesimo principio opera anche nella ipotesi di riunione di procedimenti in grado di appello⁷⁰.

Non sembra, invece, applicabile il principio dell'unicità del giudice dell'esecuzione, nel caso in cui la riforma sostanziale abbia riguardato l'assoluzione di alcuni imputati; per tali parti la sentenza di appello non richiede alcuna attività dal giudice di secondo grado quale giudice dell'esecuzione, quindi resterà ferma la competenza del giudice di primo grado⁷¹.

Qualora vi sia una definizione parziale del processo giudice competente per l'esecuzione è quello d'appello anche rispetto agli imputati che non abbiano impugnato la sentenza di primo grado⁷².

Il quarto comma dell'art. 665 c.p.p. regola anche l'ipotesi di **pluralità di provvedimenti da eseguire emessi da giudici diversi**, stabilendo che il giudice

⁶⁸ Cfr. Cass., I, 14-1-2003, n. 5049, *CED Cass.*, rv. 223601; Cass., I, 14-5-2003, n. 30129, *CED Cass.*, rv. 225048, nonché Cass., I, 19-5-1995, n. 3105, *CED Cass.*, rv. 202320.

⁶⁹ Cass., I, 17-1-2001, n. 12445, *CED Cass.*, rv. 218349; Cass., I, 16-2-2010, n. 10415, *CED Cass.*, rv. 246395.

⁷⁰ La giurisprudenza ha precisamente affermato che "la regola secondo cui giudice dell'esecuzione è, in caso di riforma della sentenza di primo grado, il giudice d'appello, opera anche nel caso di riunione di procedimenti in sede di appello, a nulla rilevando che detta riforma riguardi il procedimento diverso da quello interessato dal procedimento di esecuzione". Così, Cass., I, 4-2-2010, n. 8104, *CED Cass.*, rv. 246253.

⁷¹ Cass., I, 1-10-2002, n. 35234, *CED Cass.*, rv. 222172.

⁷² Si veda, Cass., I, 28-3-2000, n. 2277, *CED Cass.*, rv. 216075; Cass., I, 17-1-2001, n. 12445, *CED Cass.*, rv. 218349.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

competente è quello che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo.

Come spesso accade, l'interpretazione della norma non è sempre univoca ed in giurisprudenza si registrano due orientamenti differenti. Per il primo, quello più accreditato, il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo è sempre e comunque competente *in executivis*⁷³.

Per un secondo indirizzo diametralmente opposto al primo, qualora la questione avanzata riguardi l'esecuzione di un solo provvedimento — non involgendo gli altri titoli esecutivi — sarebbe competente il giudice che ha emesso quel provvedimento, ai sensi dell'art. 665, 1° comma, c.p.p.⁷⁴.

Inoltre, e secondo la giurisprudenza, la competenza del giudice dell'esecuzione si radica all'atto della presentazione della domanda (*ex art. 666, 1° comma, c.p.p.*) del p.m., dell'interessato o del suo difensore, sicché detta competenza non muta nel caso di sopravvenienza di ulteriori titoli esecutivi.

Il **criterio cronologico**, tuttavia, non trova applicazione nelle ipotesi previste nell'art. 665, 4° comma, ultimo periodo e 4° comma *bis*, dell'art. 665 c.p.p. Tale deroga si verifica, innanzitutto, quando l'esecuzione riguarda più provvedimenti emessi da giudici ordinari e da giudici speciali, ed in questi casi prevale sempre la competenza del giudice ordinario; nella ipotesi contemplata dall'art. 40, d.lg. 28-8-2000, n. 274 di pluralità di provvedimenti emessi dal giudice di pace e dal giudice ordinario, la competenza *in executivis* spetta al giudice ordinario che ha pronunciato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo; parimenti, se i provvedimenti sono stati emessi dal giudice di pace e da un giudice speciale, è competente per l'esecuzione il tribunale in composizione collegiale nel cui circondario ha sede il giudice di pace, che non è un giudice professionale ed ha precisi limiti funzionali; infine, se l'esecuzione attiene a più provvedimenti

⁷³ *Ex multis*, Cass., I, 5-5-2008, n. 19466, *CED Cass.*, rv. 240293, secondo cui “in tema d'esecuzione, il giudice competente a provvedere sull'applicazione dell'indulto in favore di un soggetto raggiunto da più condanne emesse da giudici diversi è sempre quello che ha pronunciato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo, anche se la questione non riguarda la sua sentenza”.

⁷⁴ Cass., I, 4-7-2000, n. 4825, *CED Cass.*, rv. 216915 secondo cui “In tema di determinazione del giudice competente per l'esecuzione di una sentenza di condanna, non si rende sufficiente, ai fini dell'applicazione dell'art. 665, comma quarto, c.p.p., il fatto che vi sia coesistenza di più sentenze a carico di una stessa persona, essendo invece necessaria, a tal fine, una pluralità di provvedimenti di giudici diversi, dai quali derivi la stessa questione da deliberare in sede esecutiva. Ne discende che, quando, pur nella sussistenza di giudicati emessi da diversi giudici, sorga questione concernente l'esecuzione di uno solo di essi per fatto non incidente in modo assoluto sull'esecutività degli altri, va applicata la disciplina di cui all'art. 665 c.p.p., secondo cui competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato”.

emessi alcuni dal tribunale in composizione collegiale ed altri dal tribunale in composizione monocratica, prevale la competenza del tribunale in composizione collegiale, ai sensi della disposizione contenuta nell'art. 665, 4° comma *bis*, c.p.p. introdotta dal d.lg. 19-2-1998, n. 51.

Una **disciplina "ibrida"** è, invece, dettata dall'art. 40, d.lg. 28-8-2000, n. 274, per le regole poste per l'individuazione della competenza a curare l'esecuzione dei provvedimenti del giudice di pace. Da un lato, tale disposizione è in perfetta sintonia con l'art. 665 c.p.p., in quanto stabilisce che "salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice di pace che l'ha emesso". Dall'altro, sul versante dei criteri sussidiari, la medesima norma presenta profili di divergenza rispetto all'art. 665 c.p.p.: se più provvedimenti sono stati emessi da diversi giudici di pace è competente quello che ha emanato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo; se più provvedimenti sono stati emessi dal giudice di pace e da un giudice ordinario è sempre competente quest'ultimo; se i provvedimenti sono stati emessi dal giudice di pace e da un giudice speciale (ad esempio il tribunale militare) è competente per l'esecuzione il tribunale in composizione collegiale nel cui circondario ha sede il giudice di pace.

5. Giusto processo e giurisdizione esecutiva

Tanto la nuova concezione finalistica della pena prevista in Costituzione, quanto la direttiva n. 96 della legge delega c.p.p. 1987 che ha prescritto "garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione", non lasciano alcun margine di dubbio circa l'applicabilità dei **principi fondamentali** contenuti nell'art. 111 Cost. anche alla fase *post rem iudicatam*.

Se questo è vero, è altrettanto doveroso verificare se – ed eventualmente in che misura – tali garanzie costituzionali sono state trasposte nella fase esecutiva⁷⁵.

Prima di procedere, però, bisogna circoscrivere l'area su cui eseguire tale collaudo costituzionale.

Orbene, sono sicuramente e necessariamente applicabili i principi caratterizzanti la giurisdizione in generale (art. 111, 2° comma, Cost.), quelli del **contraddittorio** ("ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità") e di **terzietà ed imparzialità del giudice** ("davanti ad un giudice terzo e imparziale"). Ugualmente, sembra doversi dire in relazione al principio di

⁷⁵ Per approfondimenti sulla questione si consigliano Gaio-Ranaldi, *Esecuzione penale*, 2, Milano, 2005; Della Casa, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 2002, 137; Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 215-216.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

ragionevole durata del processo mentre maggiori perplessità si profilano, almeno *ictu oculi*, per i principi previsti dall'art. 111, 3° e 4° comma, Cost.

Ciò posto, in concreto poco soddisfacente sembra l'adeguamento della disciplina esecutiva ai principi espressi nei primi due commi della disposizione costituzionale, applicabili a qualsiasi tipo di processo. Il riferimento è prima di tutto alle garanzie di **terzietà e di imparzialità** del giudice, poste seriamente in discussione, per come già in precedenza accennato, dal criterio principale di individuazione del giudice dell'esecuzione dettato dall'art. 665, 1° comma, c.p.p., secondo il quale di regola competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è lo stesso giudice che lo ha emesso.

Si consideri del resto che, per come evidenziato, la scelta del legislatore che ha ritenuto di confermare tale criterio fondi essenzialmente su due ragioni: anzitutto, la considerazione per la quale il giudice più idoneo ad interpretare la propria sentenza deve ritenersi quello che l'ha pronunciata; in secondo luogo, sarebbe proprio tale giudice a poter disporre direttamente di atti e documenti essenziali per la decisione delle questioni attinenti al titolo stesso.

Tale criterio, sopravvissuto a tre codificazioni, non può in alcun modo sfuggire a prevedibili e condivisibili critiche. Non può negarsi, infatti, anzitutto, come sia in realtà proprio il rapporto tra “giudice” e “provvedimento” a radicare quella situazione di pregiudizio che è alla base della incompatibilità funzionale, per come ormai ricostruita dall'elaborazione normativa e giurisprudenziale susseguitasi nel tempo, giacché il soggetto che ha compiuto valutazioni di merito *in idem* potrebbe essere condizionato o quantomeno tendere – magari inconsapevolmente – a mantenere il giudizio già espresso in precedenza (nella fase di cognizione)⁷⁶.

⁷⁶ La giurisprudenza, però, è di tutt'altro avviso. La Suprema Corte di Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la censura di illegittimità costituzionale degli art. 34 e 665 c.p.p. – sollevata in riferimento agli art. 3, 10, 24, 25 e 104 Cost., sotto il profilo della mancata previsione di un' incompatibilità del giudice che ha pronunciato la sentenza divenuta esecutiva a svolgere le funzioni di giudice dell'esecuzione in riferimento alle questioni, anche se di merito, insorgenti sul medesimo titolo – sulla constatazione che “non è possibile la ricusazione del giudice dell'esecuzione, posto che la competenza di quest'ultimo deriva inderogabilmente dalla sua identificazione con il giudice della fase cognitiva e che, nell'ambito di detta competenza, non può configurarsi alcuna divaricazione fra l'intervenuto giudicato e l'oggetto della deliberazione da adottarsi *in executivis*” Cass., I, 25-3-1996, Lembi, in *Cass. pen.*, 1997, 1425; sulla stessa lunghezza d'onda più di recente, Cass., I, 23-1-2008, Monini, in *CED Cass.*, rv. 239367. Poi stesso principio è stato espresso dalla Corte costituzionale, con riguardo alla giurisdizione rieducativa, allorché aveva giudicato infondata, rispetto agli art. 3, 1° comma, e 24, 2° comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70, 6° comma, ord. penit., laddove non prevedeva che il magistrato di sorveglianza che avesse provveduto sulla domanda di rinvio immediato dell'esecuzione della pena deteniva ai sensi dell'art. 684, 2° comma, c.p.p., non potesse partecipare al collegio chiamato

Ciò nonostante, la giurisprudenza continua ad escludere l'applicabilità della disciplina dell'incompatibilità prevista dall'art. 34 c.p.p. in sede di esecuzione, residuando l'isolato orientamento alla stregua del quale anche in materia di esecuzione "sussiste l'esigenza di assicurare un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito e la necessità di impedire che nella medesima vicenda interlocuisca reiteratamente il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito; perciò, se l'organo dell'esecuzione può essere lo stesso che ha emesso il provvedimento di merito, di contro non può esercitare le funzioni di giudice dell'esecuzione il medesimo soggetto che abbia già giudicato della stessa vicenda pronunciando il provvedimento di merito della cui esecuzione si tratta".⁷⁷

Le evocate perplessità tendono ad accrescere considerevolmente ove si tenga conto – come già evidenziato nei paragrafi precedenti – che attualmente al giudice dell'esecuzione è consentito andare ben oltre la mera conferma di quanto deciso in sede di cognizione, potendo e, anzi più correttamente dovendo, lo stesso spingersi fino alla rideterminazione della pena.

Tutto ciò senza considerare che l'**imparzialità** del giudice dell'esecuzione sembra significativamente compromessa, soprattutto in sede probatoria, tenuto conto del continuo ricorso all'**iniziativa d'ufficio** nella predetta materia. Tanto il giudice dell'esecuzione quanto la magistratura di sorveglianza hanno infatti facoltà di richiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui ravvisino la necessità⁷⁸.

In questa prospettiva, occorre infatti seriamente interrogarsi sulla possibilità di ritenere salvaguardata l'imparzialità del giudice quando la scelta del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione resta in sostanza discrezionalmente affidata a chi deve decidere.

ad adottare la decisione definitiva sul punto ai sensi dell'art. 684, 1° comma, e 147, 1° comma, c.p.p. (C. cost., 28-11-1997, n. 364, in *Cass. pen.*, 1998, 766).

⁷⁷ Cfr. Ca., I, 25-3-1996, in *Cass. pen.*, 1997. Nella medesima direzione anche altra pronuncia di legittimità secondo cui "anche in materia di esecuzione sussiste l'esigenza di assicurare un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito e la necessità di impedire che nella medesima vicenda interlocuisca reiteratamente il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito". Così Cass., III, 5-12-1996, in *Giur. it.*, 1997, II, 455, con nota adesiva di Gaito, *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*.

⁷⁸ All'art. 666, 5° comma, c.p.p. è infatti stabilito che "il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno".

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

Trattasi, evidentemente, di un argomento che, in ragione della sua delicatezza, merita qualche ulteriore approfondimento.

In particolare, da un lato i già citati artt. 666, 5° comma, e 678, 2° comma, c.p.p. e dall'altro l'art. 185 disp. att. c.p.p., secondo cui il giudice nell'assumere le prove "procede senza particolari formalità"⁷⁹, stravolgono indiscutibilmente il paradigma di cui all'art. 190 c.p.p., in quanto attribuiscono, nella gestione del materiale probatorio, un ruolo assolutamente primario al giudice che procede sia in sede di ammissione che di assunzione della prova, assegnando un ruolo eventuale e residuale alle parti.

In altri termini, non essendo vincolato al principio della domanda, al giudice sono riconosciuti amplissimi poteri probatori di carattere assolutamente discrezionale. In particolare, avendo riferimento alla prova precostituita (documenti e informazioni), l'acquisizione è possibile alla stregua del semplice bisogno manifestato dal giudice ("di cui abbia bisogno" *ex art.* 666, 5° comma, c.p.p.), costituendo il medesimo, parametro assolutamente e certamente più tenue rispetto al potere di integrazione d'ufficio riconosciuto per il giudizio ordinario o per il rito abbreviato che deve soddisfare i presupposti dell'assoluta necessità (art. 507 c.p.p.) o dell'impossibilità di poter decidere allo stato degli atti (art. 441, 5° comma, c.p.p.).

Appare evidente, quindi, la difficoltà di conciliare tale potere con la struttura accusatoria del nostro processo, non potendo dirsi tollerabili, così come affermato dalla dottrina "cadute di tensione garantista neppure *post rem iudicatam*, dato che, tra gli altri, v'è un alto valore che non va né trascurato, né immolato sull'altare dell'efficienza: quello della rieducazione del reo"⁸⁰.

Ciò posto, e sempre avendo riferimento ai primi due commi dell'art. 111 Cost., occorre rilevare che la fase esecutiva risulta poco aderente anche al principio del **contraddittorio** e a quello della **parità delle parti**, laddove il ruolo di protagonista indiscusso ritagliato al pubblico ministero in questo segmento del procedimento penale crea un evidente squilibrio con il suo antagonista. Come già evidenziato, lo scompenso è causato: dal potere riconosciuto all'accusa di emanare ordini di esecuzione e al riconoscimento di altri importanti poteri "paragiurisdizionali"; dalla mancata valorizzazione dell'intervento dell'interessato detenuto o

⁷⁹ Per meglio comprendere la portata di tale disposizione, basti pensare all'esame dei testi ed all'espletamento della perizia che nel procedimento di cognizione sono caratterizzati da un forte rigore formalistico.

⁸⁰ Così, Giunchedi, *La prova nel procedimento di esecuzione*, in *Digesto pen.*, Agg., VII, Torino, 2013, 449 ss., al quale si rinvia per un completo approfondimento della questione in esame.

internato in un istituto penitenziario posto al di fuori della giurisdizione del giudice procedente nei procedimenti d'esecuzione e di sorveglianza, nelle cui sedi la partecipazione del medesimo è prevista come meramente eventuale; dalla previsione di una declaratoria d'innammissibilità della richiesta d'attivazione dei suddetti procedimenti, per la quale il giudice procede *inaudita altera parte*, sentito il pubblico ministero; dalla previsione di un contraddittorio "meramente cartolare" in sede di controllo di legittimità. A tali importanti aspetti sembrano anche potersi aggiungere, da un lato il procedimento atipico previsto dall'art. 667, 4° comma, c.p.p. in ipotesi di affermato dubbio sulla identità fisica della persona detenuta, in cui la pienezza del contraddittorio è riaffermata in via soltanto eventuale e *a posteriori* con la proposizione dell'opposizione di parte alla decisione resa senza formalità⁸¹, e, dall'altro, in sede di esecuzione penitenziaria, in tema di reclamo avverso i provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza, l'art. 14 *ter* ord. penit., che stabilisce una procedura senza un "contraddittorio pieno", in quanto l'udienza camerale si svolge con la sola partecipazione necessaria del difensore dell'interessato e del pubblico ministero, mentre all'interessato e all'amministrazione penitenziaria è concesso di interloquire solo attraverso memorie scritte (art. 14 *ter*, 3° comma, ord. penit.).

Decisamente minori i problemi correlabili alla verifica in tema di concreta attuazione del principio della "ragionevole durata", sembrando il medesimo trovare più che sufficiente applicazione all'interno della giurisdizione rieducativa, finalizzata a modellare il trattamento sanzionatorio in relazione al comportamento (*ergo* alla personalità) del condannato o dell'interinato.⁸²

Certamente più complessa, invece, la trasposizione nella fase *post rem indicatam* dei principi contenuti nell'art. 111, 3° e 4° comma, Cost., a causa delle locuzioni utilizzate dal legislatore costituzionale di "persona accusata" o di "imputato", che – interpretate in senso restrittivo – sembrerebbero riferirsi esclusivamente al giudizio di cognizione, così da imporre all'interprete di seriamente interrogarsi sulle conseguenze effettivamente correlabili alla mancanza di un riferimento esplicito al condannato ed alla fase esecutiva.

⁸¹ Trattasi di una procedura appunto "semplificata" che il giudice dell'esecuzione e quello di sorveglianza possono adottare in una serie di casi tassativamente individuati dal legislatore. In tale procedura, il giudice decide senza formalità, lasciando che siano le parti a scegliere se accettare il verdetto oppure pretendere, mediante la presentazione di un atto oppositivo, la celebrazione di un'ordinaria udienza ex art. 666 c.p.p. Si rinvia a Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 212.

⁸² A tal proposito, si potrebbe pensare, per esempio, alla introduzione di termini perentori entro cui deve intervenire la decisione del giudice.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

Orbene, per come evidenziato, il rito esecutivo e quello di sorveglianza sono diretti alla più corretta esecuzione del provvedimento definitivo e all'individuazione del trattamento sanzionatorio più adeguato al caso di specie, e nel far ciò il giudice deve necessariamente procedere ad attenta ed effettiva valutazione di parametri che, soprattutto nel secondo caso, possono e debbono riguardare la personalità e la condotta del soggetto, le sue condizioni di salute ed altri simili. Appare, pertanto, assai difficile ipotizzare che una simile procedura possa svolgersi in assenza delle garanzie di cui all'art. 111, 3° e 4° comma, Cost. Se così non fosse, infatti, sarebbe legittimato un *vulnus* al diritto di difesa, riconosciuto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ai sensi del capoverso dell'art. 24 Cost. Ulteriore conferma di ciò ci perviene dall'art. 327 *bis* c.p.p. che consente al difensore di svolgere investigazioni – consistenti nella ricerca e nella individuazione di elementi di prova a favore del proprio assistito (1° comma) – “in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere giudizio di revisione” (2° comma). Ne deriva la necessità di evidenziare spazi di sostanziale estraneità del procedimento esaminato ai principi in questione, così indiscutibilmente riversandosi le mancanze in questione nella individuazione della essenza della giurisdizione esecutiva ogni qual volta la sostanziale asciuttezza delle forme e la loro lontananza dai parametri caratterizzanti un contraddittorio, inteso quale diritto di partecipazione piena, efficiente e consapevole, caratterizzi il procedimento in questione quale espressione di una sorta di giurisdizione “minore”.

Lo sconfinamento della competenza del giudice dell'esecuzione e della sorveglianza in forme di controllo anche sul merito del provvedimento irrevocabile implica inevitabilmente anche il rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, 4° comma, Cost.). Preme, tuttavia, rilevare che l'applicazione di tale principio va sempre e comunque rapportata alla struttura della fase esecutiva ed ai poteri probatori riconosciuti al giudice in ordine all'assunzione del materiale probatorio.

Sul punto, si segnala una interessante posizione della dottrina secondo cui l'incidenza dell'art. 111, 4° comma, Cost. *in executivis* si deve ritenere limitata a quei procedimenti di sorveglianza che in qualche modo ricalcano la logica del procedimento di cognizione, quali, ad esempio, quelli aventi ad oggetto, rispettivamente, la revoca di un beneficio penitenziario e l'applicazione, la trasformazione e la revoca di una misura di sicurezza⁸³.

⁸³ Della Casa, *I riflessi del “nuovo” art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 2002, 141 ss.

Di diverso avviso, invece, altra parte della dottrina che ritiene che il principio del contraddittorio nella formazione della prova resterebbe estraneo alle procedure esecutive, dal momento che “se lo si intende nel senso fatto proprio dalla previsione costituzionale, va riferito alla prova per l'accertamento della responsabilità, vale a dire per condannare o per assolvere. Del resto, nemmeno tutte le sequenze procedurali della fase di cognizione sono calibrate su questa accensione del concetto di contraddittorio e nessuno dubita della costituzionalità di tali procedure incidentali (sulla misura cautelare, intercettazione telefonica, ricusazione, rimessione) o di snodi processuali (archiviazione, udienza preliminare, incompetenza) la cui decisione è adottata al di fuori della elaborazione dialettica della prova”³⁸⁴.

BIBLIOGRAFIA

Barosio, *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 489 ss.; Bassi, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in Bassi-Epidendio (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 1 ss.; Bernasconi, *Poteri del pubblico ministero in sede esecutiva, controllo giurisdizionale e ripartizione delle competenze*, in *Cass. pen.*, 1994, 461; Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 267 ss.; Callari, *La fimitas del giudicato penale: assenza e limiti*, Milano, 2009, 104; Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 111 ss.; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, 212 ss.; Caramelli, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960; Caruso, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 219 ss.; Caselli Lapeschi, *Art. 665 c.p.p.*, in Conso-Grevi, *Commentario* 2005, 2269; Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002; Ciani, *Art. 665 c.p.p.*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, 2, IX, 231; Id., *Artt. 648-695 c.p.p.*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, Milano, 2003-2008; Conso, *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 3 ss.; Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 1 ss.; Id., *Esecuzione penale*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 286 ss.; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003; Corso (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2002, 1 ss.; Dean, *Esecuzione penale*, in *Annali*, II-1, 2008, 231 ss.; Id., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 1 ss.; Della Marra, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in *Le impugnazioni penali. Trattato*, diretto da Gaito, II, Torino, 1998, 1016; De Marsico, *Lezioni di diritto*

³⁸⁴ Cfr. Pennisi, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di Bellantoni-Vigoni, Milano, 2010, 97; Presutti, *Il giudicato penale tra principi costituzionali e convenzioni internazionali. Atti incontro di studio promosso dal C.S.M.*, Roma, 2004, 4-5.

III. L'intervento della giurisdizione esecutiva

processuale penale, Napoli, 1952, 309 ss.; Della Casa, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 2002, 137; Di Gennaro-Breda-La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 1 ss.; Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 4, Padova, 2000, 1 ss.; Dinacci, *Il momento esecutivo tra giurisdizionalità incompiuta e potenzialità revocatorie*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 579; Fasani, *Esecuzione Penale*, in *Enciclopedia Forense*, Milano; Fassone, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, 569; Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1065 ss.; Filippi-Spangher, *Manuale di esecuzione penitenziaria*, Milano, 2003; Fianadaca-Musco, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna 2001, 601; Florio, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in *Tratt. Spangher*, 7, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 705; Filippi, *Sull'individuazione del giudice dell'esecuzione secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it.*, 1991, II, 46 ss.; Fiorentin-Sandelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova 2007; Fonti, *Natura e funzioni degli accertamenti complementari in fase esecutiva*, in *La giustizia penale differenziata*, III, *Gli accertamenti complementari*, coord. da Montagna, Torino, 2011, 1005; Gaito, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di Procedura Penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova 2006, 950; Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 1 ss.; Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale (Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive)*, Milano, 1983; Giunchedi, *La prova nel procedimento di esecuzione*, in *Digesto pen.*, Agg., VII, Torino, 2013, 449; Id., *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012; Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994; Grevi-Giostra-Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2000; Guarnieri, *Giudice di sorveglianza*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 873 ss.; Kalb, *Il promovimento dell'esecuzione*, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 71 ss.; Iovino, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995; Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004; Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. processuale pen.*, 1956, 181; Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002; Mambrucchi, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 278 ss.; Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2007, 762; Margaritelli, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, 366 ss.; Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1956, 745; Mazza, *Verità reale e verità processuale*, *Digesto pen.*, VIII, Agg., Torino, 2014, 713; Nobili, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete i principi"?*, in *Critica del diritto*, 1994; Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Esecuzione e rapporti con Autorità giurisdizionali straniere*, a cura di Kalb, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 11; Pennisi, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale*, *Diritto penale*, *Economia e Società*, a cura di Bellantoni-Vigoni, Milano, 2010, 97; Pomati, *Sui poteri del pubblico ministero in materia di sospensione dell'esecuzione ex*

Parte II. Esecuzione penale

art. 47 comma 4 dell'ordinamento penitenziario, in *Cass. pen.*, 1998; Presutti, *Il giudicato penale tra principi costituzionali e convenzioni internazionali*, *Atti incontro di studio promosso dal C.S.M.*, Roma, 2004, 4-5; Id., *Esecuzione Penale*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1996; Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008; Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo, in Esecuzione e rapporti con Autorità giurisdizionali straniere*, a cura di Kalb, in *Tratt. Spangher*, VI, Torino, 2009, 170; Santoro, *L'Esecuzione penale*, Torino, 1953; Scalfati, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. III della Costituzione*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, I; Taormina, *Il processo di esecuzione nel progetto del nuovo codice di procedura penale*, in *Prospettive del nuovo processo penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1978, 180 ss.; Tartaglione, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 1972, 173 ss.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, 14^a ed., Milano, 2013, 220 ss.; Tranchina, *L'esecuzione*, in Siracusano, Galati, Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, 4, II, Milano, 2001, 552 ss.; Varraso, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003; Vassalli, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1974, 3523; Id., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 206 ss.; Velotti, *Ap-punti sul giudice di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 1971, 403 ss.; Venditti, *Esecuzione Penale*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.