

DANIELA VIGONI

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano*

## Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali

### *Res iudicata* and enforcement of criminal judgments: legislative action and cutting edge case law

---

Dall'evoluzione del quadro normativo e dai recenti sviluppi giurisprudenziali emerge sempre di più il valore relativo del giudicato: sensibile alle esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, permeabile alle istanze di giustizia sostanziale e processuale, recessivo rispetto ai tradizionali obiettivi di certezza e di stabilità del *decisum*.

*By evolution of legislative action and further to Supreme Court's decision emerges more and more the relative value of res iudicata: sensitive to protection of human rights, permeable to instances of justice and fair trial, recessive in relation to traditional aim of certainty and stability of decisum.*

---

#### LA MAPPA E LE COORDINATE

Chi si ponesse nella prospettiva di osservare l'attuale panorama offerto dalla disciplina dell'esecuzione penale<sup>1</sup>, confrontandolo con quello emergente dall'originaria geografia normativa, coglierebbe linee e contorni non poco diversi. Se poi quel panorama lo si volesse vedere alla luce delle aree limitrofe – riguardanti le impugnazioni straordinarie – e attraverso la lente delle interpretazioni accolte dalla giurisprudenza nazionale ed europea – relativamente ad alcune materie – si noterebbe quanto l'orizzonte sia ampio, mobile e in espansione.

Nella topografia normativa del libro X si sono ridotti i confini, essendo venuti meno gli spazi, che peraltro esulavano dall'area propria dell'esecuzione, relativi al casellario giudiziale (titolo IV) e alle spese (titolo V): ad essi, com'è noto, sono stati dedicati due autonomi corpi normativi, e cioè i testi unici n. 313 e n. 115/2002.

Restano invece nell'ambito della sistematica codicistica le disposizioni racchiuse nel capo II del titolo III, pur essendo di pertinenza penitenziaria. Alcune norme relative alla competenza territoriale (e, in parte, per materia) della magistratura di sorveglianza (art. 677 c.p.p.) e al procedimento di sorveglianza (art. 678 c.p.p.) si giustificano in base a specifiche previsioni della legge-delega (v. in particolare la dir. n. 98) dirette a "giurisdizionalizzare" la procedura e a unificarla nella base normativa. Altre norme, che si raccordano all'ordinamento penitenziario o al codice penale, riguardano diversi istituti: rispettiva-

---

<sup>1</sup> In materia v. F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2011; A. Gaito-G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, II ed., Milano, 2005; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004; F. Corbi-F. Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003. Sul giudicato v. in particolare E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012; F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009; D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009.

mente per le misure di sicurezza, la liberazione condizionale, la riabilitazione, il rinvio dell'esecuzione gli artt. 679-680, 682, 683 e 684 c.p.p. prevedono peculiarità procedurali e al contempo definiscono le attribuzioni di tipo decisorio della magistratura di sorveglianza; a proposito della grazia, l'art. 681 c.p.p. delinea i profili istruttori della complessa procedura<sup>2</sup>. Il capo II ha incontrato nel tempo limitate modifiche normative: è di particolare rilievo l'intervento legislativo (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10) che, ispirandosi ad esigenze di economia e celerità processuale, è venuto a ridurre l'ambito di operatività del procedimento *ex art. 678 c.p.p.*, mutuando, per alcune materie attribuite al magistrato di sorveglianza, il modello *de plano*, a contraddittorio eventuale e differito, descritto nell'art. 667, comma 4, c.p.p.<sup>3</sup>.

Se l'art. 236 norme att. c.p.p. segnava la persistente vigenza, a fianco del procedimento di sorveglianza<sup>4</sup>, di preesistenti varianti procedurali e modelli atipici di fonte penitenziaria, l'ulteriore incremento di modelli decisori di nuova generazione normativa (v. artt. 35-*bis* e 69-*bis* ord. penit.), acuisce i problemi operativi che derivano sul piano del coordinamento delle diverse previsioni, accentuando discrasie sistematiche e alimentando aporie interpretative. Le difficoltà derivanti dalla compresenza di diverse fonti e di eterogenee forme d'intervento della giurisdizione di sorveglianza dovrebbero suggerire una riflessione che ri-consideri se si debba mantenere nel libro X un'enclave normativa dedicata all'esecuzione penitenziaria oppure, più ragionevolmente, optare per un'organica disciplina tutta interna all'ordinamento penitenziario.

Riguardo alle attribuzioni giurisdizionali di sorveglianza, la giurisprudenza costituzionale ha inciso, in modo significativo, su piani differenti. La sentenza d'illegittimità costituzionale n. 274/1990 ha portato a termine l'opera di "giurisdizionalizzazione" della fase esecutiva, sottraendo alla discrezionalità dell'organo esecutivo ogni decisione sul differimento dell'esecuzione della pena *ex art. 684 c.p.p.* e riservando esclusivamente al tribunale di sorveglianza di provvedere in merito. La sentenza d'illegittimità costituzionale n. 135/2014 ha aperto la possibilità, su istanza degli interessati, che il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolga, di fronte agli organi giurisdizionali di sorveglianza, nelle forme dell'udienza pubblica. A questa prima pronuncia seguono ulteriori sentenze d'illegittimità costituzionale, che consentono un'udienza pubblica nel procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, per tutte le materie di sua competenza (n. 97/2015), e nel procedimento di esecuzione attivato dall'opposizione contro l'ordinanza applicativa della confisca (n. 109/2015). Non va dimenticata, ad integrazione di una disciplina carente sul piano delle determinazioni in esito al procedimento di grazia, la sentenza della Corte costituzionale n. 200/2006, che ha risolto un conflitto di attribuzioni fra Ministro della giustizia e Presidente della Repubblica, definendo i compiti del guardasigilli nella procedura istruttoria e riconoscendo al Capo dello Stato la titolarità esclusiva dell'atto di clemenza.

L'area esclusivamente destinata all'esecuzione penale, delineata dal titolo I del libro X, muove dalla fondamentale nozione di giudicato per poi considerare i suoi effetti: alcune modifiche riguardanti l'efficacia extrapenale del provvedimento irrevocabile e taluni problematici sviluppi relativi al principio che vieta un secondo giudizio *in idem* aprono nuovi scenari e pongono all'interprete inediti temi che richiedono meditate soluzioni.

Il profilo esecutivo dei provvedimenti giurisdizionali è disciplinato nella dualistica prospettiva del *facere* – secondo le funzioni attribuite al p.m. – oggetto del titolo II, e del *dicere ius* – in base alla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione a risolvere ogni questione relativa al provvedimento irrevocabile – a cui si riferisce il capo I del titolo III.

Innovazioni inerenti alle procedure sospensive dell'esecuzione rendono instabile il quadro normativo, che risente di periodiche emergenze e contingenti riasseti, e carica l'organo esecutivo, impegnato nel ruolo di "contabile penale", di compiti impegnativi, anche di carattere paragiurisdizionale, diretti a gestire l'avvio dell'esecuzione.

Nuove prerogative si configurano, poi, sul fronte della giurisdizione esecutiva, a seguito di determinazioni giurisprudenziali che, nella prospettiva di garantire la legalità della pena *in executivis*, riconoscono al giudice il potere d'incidere sul contenuto sanzionatorio del giudicato.

<sup>2</sup> Al riguardo v. M. Pisani, *Grazia e giustizia*, Milano, 2007 (e Id., *Dossier sul potere di grazia*, Padova, II ed., 2006).

<sup>3</sup> Un'altra modifica legislativa – si tratta del d.l. n. 92/2014, convertito con modificazioni in l. n. 117/2014 – ha inserito nell'art. 678 c.p.p. un ulteriore comma – il 3-*bis* – che riguarda i provvedimenti restrittivi della libertà personale di condannati da Tribunali o Corti penali internazionali.

<sup>4</sup> V.M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009.

## IL TERRENO SU CUI INSISTE IL GIUDICATO

L'autorità della *res iudicata*, che esprime la forza del giudicato sostanziale e trova fondamento nell'irrevocabilità della pronuncia, si manifesta nelle tre direzioni che rappresentano i diversi effetti del giudicato: l'esecutività, il *ne bis in idem*, l'incidenza del giudicato in altri ambiti giurisdizionali. Quest'ultimo profilo è collocato nella cornice normativa tracciata dagli artt. 651-654 c.p.p., da cui emerge un quadro complesso ed articolato, dove si coglie un duplice criterio di fondo: di *favor separationis*, nella direzione di favorire l'esercizio dell'azione civile di danno nella sua sede naturale; di autonomia di giudizio nelle diverse sedi giurisdizionali, nella prospettiva di evitare meccanismi sospensivi diretti a privilegiare l'accertamento penale.

Un ritocco normativo ad opera della l. 27 marzo 2001, n. 97 viene opportunamente ad integrare quanto previsto nell'art. 653 c.p.p. riguardo al procedimento disciplinare, inserendovi un riferimento (anche) all'efficacia della sentenza di condanna; la previsione rileva pure per la sentenza di applicazione della pena su richiesta, per effetto dell'interpolazione dell'art. 445 c.p.p. che aggiunge, nel comma 1-*bis*, una clausola di salvezza appunto relativa all'art. 653 c.p.p.

Di recente, il quadro normativo degli effetti extrapenalici è stato innovato dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha aggiunto l'art. 651-*bis* c.p.p.: poiché la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto presuppone l'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato, si è inteso attribuire alla medesima, emessa in esito al dibattimento o al giudizio abbreviato, al pari di quanto già previsto nell'art. 651 c.p.p. per la sentenza di condanna, efficacia nel giudizio civile o amministrativo di danno. L'opzione normativa pone un vincolo a favore del danneggiato, nel senso che non dovrà provare in sede civile l'esistenza del fatto penalmente rilevante e la responsabilità all'imputato; al tempo stesso, però, sembra incidere negativamente sul piano risarcitorio, se si riflette sulla circostanza che nella sede penale l'offesa è stata ritenuta di particolare tenuità. Nulla è detto, peraltro, circa l'efficacia del giudicato *de quo* in altri giudizi civili ed amministrativi, nonché nel giudizio disciplinare davanti alle pubbliche autorità. Tutto ciò lascia spazio a prevedibili contrasti giurisprudenziali nelle varie sedi giurisdizionali circa l'incidenza del giudicato penale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto.

Fuori dal contesto normativo espresso con riguardo al giudicato è invece disciplinata l'efficacia in altri processi penali della sentenza penale irrevocabile. Nella diversa, e discutibile, collocazione sistematica della prova documentale, l'ambigua e criticata disposizione prevista nell'art. 238-*bis* c.p.p. assegna valore probatorio in altro giudizio penale all'accertamento operato dalla sentenza penale irrevocabile, nei limiti segnati da un duplice richiamo: all'art. 187 c.p.p. (superfluo, per la sua valenza generale) e all'art. 192, comma 3, c.p.p. (opportuno, in quanto in certo modo riequilibrante la compressione di garanzie e diritti). Sorta al fine di scongiurare la dispersione delle prove e per semplificare gli accertamenti relativi ai reati associativi, in particolare riguardo alla prova del sodalizio criminoso, la norma assume valenza generale e risulta eccentrica rispetto a generali scelte sistematiche e a particolari opzioni espresse circa i rapporti fra giudicato e pregiudizialità.

È però con riferimento all'effetto penale, di segno negativo, costituito dal divieto di *bis in idem* (art. 649 c.p.p.), con il quale si esprime il connaturato valore preclusivo del giudicato rispetto a ulteriori procedimenti penali nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto, che vengono a profilarsi nuovi sviluppi in ragione della previsione contenuta nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu, così come interpretata dalla sentenza della Corte europea relativa al caso Grande Stevens<sup>5</sup>. La norma processuale interna si misura su una nuova lunghezza d'onda che la rapporta a evenienze extrapenalici, ossia al caso in cui l'imputato sia stato giudicato per il medesimo fatto con un provvedimento irrevocabile che rappresenta l'epilogo di un giudizio amministrativo per l'applicazione di una sanzione a cui va riconosciuta natura penale in base alla Cedu e ai relativi Protocolli. La soluzione diretta ad ampliare la dimensione operativa del divieto nei rapporti fra procedimento penale e procedimento amministrativo, mediante una declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. (per contrasto con l'art. 117 Cost., letto in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu)<sup>6</sup>, non sembra tener conto di indici costituzionali che guidano verso altre soluzioni. Segnatamente, rileva, sul piano processuale, il principio di obbligatorietà dell'azione penale espresso dall'art. 112 Cost., che non sopporta cause di improcedibilità o impro-

<sup>5</sup> Corte e.d.u., sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in questa *Rivista*, 2014, n. 5, p. 78, con nota di A.F. Triodi, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*

<sup>6</sup> Cfr. Cass., sez. V, ord. 15 gennaio 2015, n. 1782; Cass., sez. trib. civ., ord. 21 gennaio 2015, n. 950.

seguibilità dell'azione in rapporto a un fatto che integra reato. Incontrerebbe identiche obiezioni anche l'opzione diretta a propugnare una disapplicazione automatica della norma interna a favore di quella europea (art. 50 Cdfue). Un'interpretazione della norma interna conforme all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu contrasterebbe invece con insuperabili dati testuali e sistematici che rivelano l'esclusiva pertinenza dell'art. 649 c.p.p. al giudicato penale e l'essenziale funzione fondante l'autorità della cosa giudicata, diretta a preservare la certezza e la stabilità del *decisum*, quale garanzia oggettiva e soggettiva.

Il contrasto della disciplina relativa al doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis idem* codificato nell'art. 4 del citato Protocollo sembra destinato a risolversi in altro modo, e cioè *ex ante*, attraverso un intervento legislativo, sul fronte sostanziale e riguardo all'assetto strutturale, diretto ad evitare la duplicazione di analoghe sanzioni provenienti da diversa fonte; non *ex post*, mediante soluzioni sul versante processuale che trovano origine nel divieto di *bis in idem*.

#### LA PERMEABILITÀ DEL GIUDICATO ALLE IMPUGNAZIONI STRAORDINARIE: L'INGIUSTIZIA SOSTANZIALE E L'INGIUSTIZIA PROCESSUALE

Dal particolare punto di osservazione relativo alle impugnazioni straordinarie si rileva non solo un incremento dei rimedi, ma anche un'evoluzione funzionale che risponde alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza europea.

Rispetto alla disciplina originaria del codice del 1988, che prevedeva soltanto la revisione quale rimedio all'errore giudiziario a tutela dell'innocenza (artt. 629-642 c.p.p.)<sup>7</sup>, sono stati introdotti ulteriori particolari mezzi di tipo straordinario: prima, il ricorso straordinario per cassazione (art. 625-*bis* c.p.p.)<sup>8</sup>, a favore del condannato e in rapporto all'errore materiale o all'errore di fatto relativi alle sentenze di cassazione; poi, la rescissione del giudicato (art. 625-*ter*)<sup>9</sup>, correlata alla prova dell'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, nell'ottica della rinnovazione del giudizio di merito.

Pur essendo tutti questi istituti generalmente ricondotti alla categoria dei mezzi straordinari d'impugnazione, in quanto esperibili avverso il provvedimento irrevocabile, si tratta, all'evidenza, di strumenti tra loro assai diversi per natura, presupposti e finalità.

Già sotto l'identica insegna del ricorso straordinario per cassazione si accomunano diverse tipologie di errore – materiale o di fatto – a cui è correlata la peculiare disciplina che consente di superare il carattere inoppugnabile delle decisioni della Cassazione, mediante interventi correttivi o ablativi dell'errore operati dallo stesso giudice di legittimità.

Il più recente strumento rescissorio, allestito nella prospettiva ripristinatoria dei diritti dell'imputato ingiustamente giudicato in assenza, quando provi che l'assenza sia conseguenza dell'incolpevole mancata conoscenza del procedimento, si ricollega alla nuova dinamica che ha ripudiato dal sistema la contumacia e inteso prefigurare l'alternativa "processo in assenza-sospensione del processo" (l. 28 aprile 2014, n. 67)<sup>10</sup>: la revoca del giudicato si colloca quale estremo rimedio a favore dell'assente volto a promuovere la rinnovazione del giudizio.

Anche la stessa revisione ha subito una mutazione sul piano funzionale, trovando un nuovo ambito operativo a seguito della sentenza d'illegittimità n. 113 del 2011, con la quale la Corte costituzionale è intervenuta a configurare l'impugnazione straordinaria non allo scopo di ottenere una pronuncia di proscioglimento, ma a quello di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Cedu, per conformarsi ad una sentenza (definitiva) della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quale ultimo approdo di sviluppi giurisprudenziali tesi a sopperire all'assenza di specifici e adeguati strumenti normativi, ricorrendo alle soluzioni offerte dagli artt. 670<sup>11</sup>, 625-*bis*<sup>12</sup>,

<sup>7</sup> Circa l'assetto normativo v. A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995; G. Dean, *La revisione*, Padova, 1999; M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale – Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003.

<sup>8</sup> In proposito v. M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2006.

<sup>9</sup> Al riguardo v. Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, in *CED Cass.*, n. 259990-92.

<sup>10</sup> In tema si rinvia a D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014.

<sup>11</sup> Corte e.d.u., 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia; Cass., sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, in *CED Cass.*, n. 235447.

<sup>12</sup> Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia; Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, in *CED Cass.*, 241753-54; Corte e.d.u., GC, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, in *CED Cass.*, n. 247244.

175<sup>13</sup> c.p.p., la revisione si propone quale mezzo mirato, oltre che agli obiettivi di giustizia sostanziale nei casi previsti nell'art. 630 c.p.p., anche ad altri fini, ossia per conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato una violazione alla Convenzione europea o ai relativi Protocolli.

In particolare, la nuova ipotesi di revisione consente di rimuovere sentenze irrevocabili – quando siano state riscontrate, nella citata sede giurisdizionale europea, violazioni dei fondamentali canoni di *fair trial* – attraverso la riapertura del processo.

Al di là del fatto che la via indicata non è l'unica, e non è sempre percorribile di fronte alla eterogeneità e specificità dei casi e delle differenti violazioni riscontrate, importa qui sottolineare, in primo luogo, che il superamento del giudicato si può prospettare non solo in relazione ad istanze di carattere sostanziale, di ingiustizia dell'esito del processo e al fine di rimediare all'errore nella direzione del *favor rei et libertatis*, ma anche in rapporto a violazioni di carattere processuale, quando non vi sia stato un giusto processo, e perciò in chiave riparatoria, al fine di realizzare la *restitutio in integrum*.

È la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 113 del 2011 a rimarcare la differenza fra l'originaria finalità per cui la revisione consente di riparare all'ingiustizia dell'esito, componendo «il dissidio tra la “verità processuale”, consacrata dal giudicato, e la “verità storica” risultante da elementi fattuali “esterni” al giudicato stesso», e la nuova dimensione funzionale, per cui la revisione è volta a «porre rimedio, oltre i limiti del giudicato (considerati tradizionalmente comunque insuperabili con riguardo agli *errores in procedendo*) a un “vizio” interno al processo tramite una riapertura del medesimo che ponga l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione».

In secondo luogo, e a prescindere dalle varianti, rispetto al rimedio straordinario tipico, che la revisione europea comporta quantomeno nei presupposti – diversi, in quanto derivanti dalla violazione accertata dalla sentenza della Cedu – e rispetto agli esiti – non necessariamente di proscioglimento – è riservato al giudice ogni profilo operativo diretto individuare la disciplina concretamente applicabile che consenta di rimediare alla violazione accertata rimuovendo la causa di iniquità processuale e ripristinando diritti e garanzie.

Attraverso i mezzi straordinari d'impugnazione, dunque, ragioni d'ingiustizia sostanziale – per l'esito del processo frutto di errore – o processuale – per la violazione dei fondamentali canoni di *fair trial* – possono essere causa di risoluzione del giudicato.

#### LA METAMORFOSI DELLA PENA – DA DETENTIVA IN ALTERNATIVA PENITENZIARIA – ATTRAVERSO LA PROCEDURA SOSPENSIVA DELL'ESECUZIONE

Al di là dell'introduzione dell'art. 657-*bis* c.p.p. (l. n. 67/2014) – che consente il computo, per la determinazione della pena da eseguire, del periodo di prova<sup>14</sup>, nel caso di revoca o esito negativo – e della reviviscenza dell'art. 660 c.p.p. – dopo la dichiarazione d'incostituzionalità (sentenza n. 212 del 2003) dell'art. 299 t.u. in materia di spese, che aveva abrogato la citata norma codicistica – il quadro normativo che disciplina le attribuzioni del p.m. nella fase esecutiva ha registrato innovazioni di rilievo soprattutto riguardo all'esecuzione delle pene detentive.

Le diverse vie d'ingresso all'esecuzione penitenziaria, secondo schemi differenziati per posizione, rappresentano il punto d'arrivo di uno sviluppo che trova sbocco nell'art. 656 c.p.p., con il quale s'innesta nel sistema un protocollo sospensivo dell'ordine di esecuzione, diretto a favorire, nel caso di sanzioni di breve/media durata, l'accesso dalla libertà alle misure alternative ordinarie o speciali.

Nell'intento di generalizzare l'operatività di dinamiche preesistenti e già sperimentate dirette ad evitare il passaggio in carcere, la legge Simeone (l. 27 maggio 1998, n. 165) inserisce un nuovo schema esecutivo che incide direttamente sul profilo sanzionatorio, variando la natura della pena, sul piano della qualità e delle modalità: l'art. 656 si pone così quale braccio normativo che, raccordando il momento esecutivo con quello penitenziario, innova il sistema penale attraverso l'immediata applicazione delle misure penitenziarie. Nel segno di un recupero del modello bifasico, tipico dei sistemi di *common law*, si consente, infatti, prima che l'esecuzione abbia inizio, di verificare se, in luogo della pena detentiva de-

<sup>13</sup> Corte e.d.u., 25 novembre 2008, Cat Berro c. Italia; Cass., sez. V, 15 novembre 2006, n. 4395, in *CED Cass.*, n. 235446; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia; Cass., sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, in *CED Cass.*, n. 235035-36.

<sup>14</sup> Sul “nuovo” procedimento speciale v. in particolare N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria – Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

finita in sentenza dal giudice di cognizione, possa prospettarsi una misura alternativa determinata dal tribunale di sorveglianza.

Il congegno sospensivo dell'esecuzione, che scatta quando la pena è contenuta entro certi limiti e sempre che non vi siano alcune condizioni ostative, è funzionale a consentire l'istanza *ad hoc* del condannato e ad attendere la decisione sulla misura penitenziaria alternativa alla pena.

Nel tempo l'art. 656 è stato più volte oggetto di modifiche, tese a rimodellare l'assetto del protocollo sospensivo diretto a favorire l'accesso alle misure penitenziarie, risentendo delle tensioni sottostanti alle scelte, anche estemporanee, di politica criminale e di contrasto alle emergenze.

Con una prima riforma legislativa – si tratta del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni in l. 19 gennaio 2001, n. 4 – si è intervenuti sul profilo dinamico, apportando varianti volte a risolvere alcuni problemi pratici e operativi, introducendo talune cautele dirette a favorire sia l'effettiva conoscenza da parte dell'interessato, sia un'effettiva difesa tecnica, e modificando le regole relative a chi si trovi agli arresti domiciliari.

Di interventi legislativi ne sono succeduti altri che, inserendosi in più ampie manovre dirette a mutare il regime sostanziale e trattamentale, hanno influito sui presupposti applicativi della procedura sospensiva, per un verso, ampliandone l'utilizzo per fini di deflazione penitenziaria e, per altro verso, escludendone il ricorso in rapporto a talune tipologie di autori di reato o a specifiche fattispecie penali. Si fa riferimento, in successione temporale: alla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), che ha introdotto un'ulteriore condizione di "non meritevolezza" dell'immediato accesso dalla libertà alla misura alternativa in rapporto alla "recidiva reiterata" (art. 99, comma 4, c.p.); al d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2006, n. 49, relativo al tossico/alcool-dipendente, che ha ampliato fino a sei anni i limiti di accesso alle misure alternative speciali e introdotto altre modifiche correlate a tale particolare condizione soggettiva; al d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in l. 24 luglio 2008, n. 125, che ha inciso sul numero di reati ostativi (per questi v. anche Corte cost. n. 249 del 2010).

Da ultimo, considerevoli variazioni sono state apportate dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94: ora l'avvio di un percorso che si profila in tutto o in parte extracarcerario è possibile quando la pena (anche residua) sia inferiore a tre anni; a quattro anni nei casi di cui all'art. 47-ter, comma 1, ord. penit.; a sei anni in rapporto alle misure di favore previste dagli artt. 90 e 94 t.u. stup. Lo spazio operativo della procedura sospensiva dell'esecuzione della pena è ulteriormente esteso per effetto dell'anticipato calcolo, che dovrà essere effettuato dal p.m., delle riduzioni di pena che deriverebbero dalla concessione della liberazione anticipata; la "recidiva reiterata" non rappresenta più una condizione impeditiva della sospensione; viene ridefinito il catalogo dei reati ostativi.

Concepita in un'ottica perequativa e nell'intento di aggregare sia istanze rieducative dirette a privilegiare l'immissione nel circuito extracarcerario, sia esigenze di deflazione penitenziaria, con l'ultima riforma la procedura sospensiva generale si prospetta, accanto a quella particolare prevista dall'art. 1 della legge n. 199/2010, quale rimedio privilegiato diretto a contenere il sovraffollamento delle carceri, il cui carattere strutturale ed endemico è, com'è noto, alla base delle pressanti sollecitazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, culminate nella "sentenza pilota" relativa al caso *Torreggiani*<sup>15</sup> (2013).

## IL VALORE RELATIVO DEL GIUDICATO E I NUOVI AMBITI D'INTERVENTO DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Composito ed eterogeneo risulta il quadro d'intervento del giudice dell'esecuzione: se ne ricordano solitamente i poteri di carattere selettivo (art. 669 c.p.p.), sospensivo (art. 670 c.p.p.), ricostruttivo (artt. 671 c.p.p. e 188 norme att. c.p.p.), modificativo (artt. 672 e 676 c.p.p.) risolutivo (art. 673 c.p.p.), complementare e supplente (artt. 674 e 675 c.p.p.).

Al di là dei considerevoli ambiti tipizzati, è per via giurisprudenziale che si sono ricavati ulteriori spazi dove si accredita il valore relativo del giudicato: sensibile alle esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, permeabile alle istanze di giustizia sostanziale processuale, recessivo rispetto ai tradizionali obiettivi di certezza e di stabilità del *decisum*.

<sup>15</sup> Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*.

Di regola, il giudicato resiste a modificazioni in senso favorevole al reo derivanti da una diversa valutazione del disvalore del fatto sulla base di sopravvenuti interventi legislativi. Tale criterio di fondo di indifferenza allo *ius superveniens*, espresso dall'art. 2, comma 4, c.p., che regola la successione della legge nel tempo, conosce una sola deroga, introdotta nel comma 3 dell'art. 2 c.p., volta a segnare la retroattività della *lex mitior* che preveda per il reato esclusivamente la pena pecuniaria, nel qual caso è richiesto un tempestivo intervento giudiziale di conversione della pena detentiva inflitta nella corrispondente pena pecuniaria. Questa deroga all'intangibilità del giudicato coglie soltanto la variazione più incisiva del trattamento sanzionatorio, che muta per tipologia e comminatoria; per ogni altro caso vale il principio generale d'impermeabilità del giudicato all'applicazione retroattiva della legge penale nel caso di sopravvenuta modifica in senso favorevole al reo.

Viceversa, allorché intervenga sia l'abrogazione, sia la declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice<sup>16</sup>, gli artt. 2, comma 2 c.p., 136 Cost. e 30 l. 11 marzo 1953, n. 87 impongono la cessazione dell'esecuzione e di ogni effetto penale della condanna. A tali riferimenti normativi corrisponde l'art. 673 c.p.p., in cui si prevede che, quando vi sia stata *abolitio criminis*<sup>17</sup>, il giudice dell'esecuzione, a seconda dei casi, debba risolvere totalmente il giudicato, o rimuoverlo parzialmente, ridefinendone la portata sul piano sanzionatorio ed adottando i provvedimenti conseguenti<sup>18</sup>, ferma restando l'intangibile giudizio sul fatto così come operato nella sede cognitiva.

Se il quadro normativo tende ad assicurare la tenuta della statuizione giudiziale irrevocabile e a limitare negli ambiti definiti dalle norme citate ogni intervento di carattere correttivo o demolitivo, un deciso impulso verso il superamento del giudicato, a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e in particolare della libertà personale, è stato impresso dagli sviluppi giurisprudenziali che hanno progressivamente inteso attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di incidere sul contenuto sanzionatorio in ragione del ruolo di *controllo di qualità* del titolo esecutivo e della funzione di garanzia della *perdurante conformità del giudicato alla legge sostanziale*. I più recenti approdi giurisprudenziali in argomento sono rappresentati dalle sentenze delle Sezioni unite che hanno riconosciuto alla giurisdizione esecutiva la funzione di provvedere sia alla sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta legittima a livello convenzionale e costituzionale<sup>19</sup>, sia alla rideterminazione della pena quando la dichiarazione d'illegittimità costituzionale abbia investito disposizioni penali diverse dalla previsione incriminatrice, ma comunque relative al trattamento sanzionatorio<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Considerate le nuove prospettive aperte dalle fonti europee, può inquadrarsi nell'ambito dell'abrogazione pure l'ipotesi di norme comunitarie dotate di efficacia diretta che determinano la disapplicazione delle norme interne confliggenti, e può assimilarsi alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale anche la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea che abbia ritenuto la norma nazionale incompatibile con quella comunitaria. Pare invece scontata la soluzione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012, che, a fronte dell'immutato assetto legislativo, ha ritenuto estranea all'*abolitio criminis* l'ipotesi del mutamento giurisprudenziale, sia pur accreditato dalle Sezioni Unite, secondo cui il fatto oggetto del giudicato non è previsto dalla legge come reato (e ciò, nonostante l'art. 7 par. 1 Cedu debba intendersi nel senso di comprendere tanto il diritto di fonte legislativa, quanto il diritto di formazione giurisprudenziale).

<sup>17</sup> Sotto il profilo sostanziale v. G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687, in *CED Cass.*, n. 232610. Al riguardo v. già, anche per un inquadramento, M. Pisani, *Abolitio criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2177 ss.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *CED Cass.*, nn. 258649-51. La questione, com'è noto, trae origine dal caso Scoppola: la Corte edu, GC, con la sentenza 17 settembre 2009, aveva ritenuto contraria all'art. 7 Cedu, per violazione del principio di retroattività della *lex mitior*, l'applicazione di una pena più severa (l'ergastolo) rispetto a quella (la reclusione a trent'anni) che, per un fatto commesso sotto la legge anteriore, sarebbe stata irrogata in base alla legge processuale vigente al momento del processo penale e della condanna, quando ciò sia avvenuto in virtù di una successiva legge di interpretazione autentica avente effetto retroattivo (riguardando imputati che avessero scelto il giudizio abbreviato durante la vigenza della precedente disciplina). Posto che nel caso di specie si prospettava per il condannato, a seguito della sentenza di Strasburgo, il diritto di ottenere la modifica della pena applicata dal giudice di cognizione, per tutti i casi analoghi a quello sopra riferito, riguardanti condannati (i c.d. "fratelli minori" di Scoppola) che non avessero previamente esperito il ricorso individuale ex art. 34 Cedu, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 210 del 2013, perveniva a dichiarare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., della disposizione (art. 7, comma 1 d.l. n. 341 del 2000, convertito con modificazioni in l. n. 4/2001) lesiva del principio di legalità della pena espresso dall'art. 7 Cedu, che comporta la retroattività della legge penale più favorevole. Mentre nel caso Scoppola era stata data attuazione alla sentenza della Corte e.d.u. con la procedura ex art. 625-bis c.p.p., dopo la sentenza d'illegittimità costituzionale le Sezioni unite, nella citata sentenza del 2013 relativa al caso Ercolano, individuavano nel giudice dell'esecuzione l'organo competente per operare la sostituzione della pena, su richiesta di parte, in virtù dei «suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione», nel quadro delle attribuzioni previste dagli artt. 665 e 670 c.p.p.

<sup>20</sup> Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, in questa *Rivista*, 2015, n. 3, p. 50, con nota di E. Turco, *Illegittimità costituzionale di*

Le difficoltà di individuare espliciti riferimenti normativi volti a riconoscere tali interventi *post iudicatum* sul profilo sanzionatorio hanno indotto, per un verso, a promuovere una rilettura dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, intendendo la norma nel senso che la declaratoria d'incostituzionalità di "qualsiasi tipologia di norma penale" (che incida anche solo sul trattamento sanzionatorio, senza costituire norma incriminatrice) imponga la cessazione dell'esecuzione e di ogni effetto penale della sentenza irrevocabile; per altro verso, a forzare lo strumento previsto nell'art. 670 c.p.p., utilizzandolo quale esemplare parametro per un intervento *in executivis* che consenta di ritenere la pena non eseguibile e al contempo di provvedere alla sua sostituzione.

Sul piano processuale-esecutivo, è da ritenere che, poiché la giurisdizione esecutiva è deputata a risolvere ogni incidente che sorga in merito all'attuazione del *dictum* giudiziale, nelle ipotesi citate che legittimano l'intervento sulla pena illegale si debba seguire la dinamica prevista nell'art. 666 c.p.p.<sup>21</sup>, applicabile in via generale per ogni questione relativa al titolo esecutivo che non trova espressa disciplina nel *modus procedendi*. Di conseguenza: l'iniziativa per la rideterminazione della pena spetta al p.m. (o al condannato e al suo difensore); è consentito un incremento cognitivo negli ambiti istruttori delimitati dal comma 5 dell'art. 666; s'intende comunque preclusa nella sede esecutiva ogni valutazione del fatto diversa rispetto a quella operata dal giudice di cognizione ed emergente nella sentenza irrevocabile. Restano invece da individuare i criteri per rideterminare *in executivis* il trattamento sanzionatorio. Soprattutto, prima ancora, e in termini assai più ampi, è da vagliare la coerenza del principio della retroattività (o ultrattività) *in mitius* delle disposizioni che definiscono reati e pene, espresso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con il criterio di fondo, enunciato in via generale nell'art. 2, comma 4, c.p., che pone il limite del provvedimento irrevocabile.

Le aperture giurisprudenziali verso operazioni risolutive o correttive del giudicato *in favorem rei*, che pongono la sede giurisdizionale esecutiva quale estremo presidio di garanzia di legalità della pena e di uguaglianza del trattamento penale, rappresentano anche il punto di partenza per ulteriori sviluppi diretti a stabilire se, e come, le esigenze di giustizia sostanziale manifestatesi *post iudicatum* possano essere soddisfatte anche in ipotesi diverse da quelle oggetto dei riferiti interventi che muovevano dalla giurisprudenza europea e costituzionale. Ne risultano in particolare coinvolti fenomeni inerenti all'esito sanzionatorio illegale: a fronte di rapsodici interventi della giurisprudenza di legittimità<sup>22</sup> volti a riconoscere, conformemente al principio di legalità della pena, e pur in assenza di specifica previsione al riguardo, la possibilità d'intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena principale inflitta *extra* o *contra legem* è, segnatamente, riguardo alla pena accessoria che le Sezioni unite<sup>23</sup> si sono recentemente espresse. Posto che un intervento *in executivis* in materia di pene accessorie è legittimato in via generale dalle disposizioni di cui agli artt. 676 c.p.p. e 183 norme att. c.p.p., secondo la Corte di cassazione l'applicazione di una pena accessoria illegale può essere rilevata ed emendata anche nella fase esecutiva, sempre che ciò non derivi da un errore valutativo del giudice di cognizione e purché essa sia determinata nella specie e nella durata per legge o possa determinarsi senza alcuna discrezionalità da parte del giudice dell'esecuzione. Ed è prevedibile che, proprio sul piano del trattamento sanzionatorio e sul versante del diritto sostanziale, attraverso le determinazioni della giurisprudenza di legittimità si manifesti di nuovo il carattere relativo e tangibile del giudicato, destinato a cedere al cospetto di prioritarie esigenze di garanzia della legalità e degli obiettivi di giustizia.

---

una norma penale non strettamente incriminatrice e rimodulazione della pena in executivis: un altro passo verso la graduabile erosione del "mito del giudicato".

<sup>21</sup> Sugli schemi d'intervento *in executivis* v. S. Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002 e, volendo, D. Vigoni, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in Bellantoni-D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Piacenza, 2010, p. 126 ss.

<sup>22</sup> V. Cass., sez. I, 23 gennaio 2013, n. 38712, in *CED Cass.*, n. 256879; Cass., sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26117, in *CED Cass.*, 253562; Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12453, in *CED Cass.*, n. 243742; Cass., sez. I, 6 giugno 2000, n. 4869, in *CED Cass.*, n. 216746.

<sup>23</sup> Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, in questo numero della *Rivista*, con nota di T. Alesci, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*.