

INTRODUZIONE

Sommario

1. Premesse definitorie: forza esecutiva, esecuzione, esecuzione penale. – 2. Crisi del giudicato, funzione della pena e compiti dell'esecuzione penale: il procedimento esecutivo e la giurisdizione esecutiva. – 3. Il problema della natura amministrativa o giurisdizionale della fase esecutiva. – 4. Esecuzione e modelli di giurisdizione penale. – 5. Le garanzie di giurisdizionalità dell'esecuzione penale nell'attuale assetto normativo. – 6. Verso un processo penale bifasico? – 7. Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale. – 8. La procedura penale dell'esecuzione e le sue fonti.

1. Premesse definitorie: forza esecutiva, esecuzione, esecuzione penale

I provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale – sia quelli del giudice cui fa espressamente riferimento, in termini generali, l'art. 125 c.p.p., sia quelli del pubblico ministero (es.: artt. 244 s., 247 s., 253 s., 267.2 c.p.p.) – contengono un'attività valutativa (cioè un *giudizio*) e un atto di volontà (cioè un *comando*)¹. Accertamento della responsabilità penale (giudizio) e irrogazione della pena (comando) costituiscono, ad esempio, gli elementi indefettibili del *genus* sentenza di condanna. Ogni comando postula una sua necessaria proiezione verso l'esterno²: destinato a incidere sulla realtà, esso esige per sua stessa natura di essere attuato. Questa esigenza logica e giuridica di attuazione dei provvedimenti penali – anche contro la volontà dell'interessato – viene definita dal legislatore **forza esecutiva**³.

Il concetto si trova normativamente espresso nell'**art. 650 c.p.p.**: «le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili». La norma, tuttavia, nel riferirsi soltanto a sentenze e decreti penali di condanna, non deve trarre in inganno: la forza esecutiva è una qualità che possiedono *tutti* i provvedimenti dell'autorità giudiziaria⁴; le sentenze e i decreti

¹ CORBI 1992, 5 s.; DEAN 2010, 851.

² «Quale risultato finale delle dinamiche conoscitive giudiziarie», esso «esibisce una naturale ed innata propensione a calarsi in una dimensione operativa»: così DEAN 2010, 851.

³ CORBI 1992, 6; CORBI-NUZZO 2003, 14. Analogamente TONINI 2010, 888, 911 s.

⁴ CORBI-NUZZO 2003, 15; DEAN 2004, 83; TONINI 2010, 888, 911 s. Lo conferma il disposto dell'art. 133 c.p.p., a norma del quale «il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, può chiedere l'assistenza della

penali – eccezionalmente – acquistano forza esecutiva solo quando diventano irrevocabili⁵. La forza esecutiva costituisce dunque, secondo una felice definizione, «quella qualità costante dei provvedimenti della autorità giudiziaria penale che impone come giuridicamente necessaria la loro attuazione»⁶.

L'**esecuzione** dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale⁷ può essere definita come l'insieme delle modalità processuali di attuazione di tali provvedimenti.

Dicendo attività "processuali" si introduce implicitamente un'importante distinzione. Per dare concreta attuazione ai comandi del giudice penale occorre compiere, di regola, una serie di attività *materiali*: ad esempio, nel caso di condanna irrevocabile a pena detentiva, condurre e trattenere in carcere il condannato. Non sempre, tuttavia, il comando giurisdizionale è suscettibile di immediata attuazione pratica: per essere concretamente eseguita, una sentenza definitiva di condanna a pena detentiva necessita dell'emanazione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 c.p.p., preceduto, se occorre, da un provvedimento di cumulo delle pene (art. 663 c.p.p.) e/o da un provvedimento di computo del cosiddetto "presofferto" (art. 657 c.p.p.). Sono attività come queste – finalizzate a creare le condizioni giuridiche per la pratica attuazione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale – a integrare la fase dell'esecuzione in senso proprio⁸. Mentre gli atti con i quali viene data concreta esecuzione al comando non appartengono alla dimensione processuale e appaiono suscettibili di acquisire rilevanza giuridica in una prospettiva esclusivamente sostanzialistica, l'esecuzione in senso proprio si traduce nel compimento di atti processuali e non può che essere collocata **all'interno del processo**⁹.

Il Titolo II del libro X del codice di procedura penale si apre con l'art. 655.1 c.p.p., che affida al pubblico ministero il compito di «cura[re] d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti». Come l'azione penale, anche l'**azione esecutiva** deve essere esercitata obbligatoriamente dal pubblico ministero: né occorre, ai fini di tale esercizio, una richiesta proveniente da chi vi abbia eventualmente interesse. L'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale coincide pertanto, nelle sue battute iniziali, con il

polizia giudiziaria e, se necessario, della forza pubblica, prescrivendo tutto ciò che occorre per il sicuro e ordinato compimento degli atti ai quali procede».

⁵ CORBI-NUZZO 2003, 15 s. A norma dell'art. 650.2 c.p.p., le sentenze di non luogo a procedere – cioè le sentenze pronunciate ex art. 425 c.p.p. dal giudice dell'udienza preliminare che non ritenga di accogliere la richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato – acquistano forza esecutiva non già quando diventano irrevocabili, ma quando «non sono più soggette a impugnazione»: sul significato di questa espressione (e sulle ragioni, puramente nominalistiche, che hanno suggerito al legislatore di non ricollegare la forza esecutiva delle sentenze di non luogo a procedere alla loro intervenuta irrevocabilità), v. *infra*, Parte Prima, Cap. I, § 2.2., e Parte Prima, Cap. III, § 4.4.

⁶ CORBI 1992, 7.

⁷ Il codice di procedura penale, in verità, si occupa espressamente della sola esecuzione dei provvedimenti *del giudice*: significativa, al riguardo, è la stessa intitolazione del Titolo II del libro X («esecuzione dei provvedimenti *giurisdizionali*»).

⁸ CORBI 1992, 9 s., distingue anche sul piano lessicale i due fenomeni riservando l'espressione "esecuzione formale" alle «attività necessarie a rendere operativo il comando» e l'espressione "esecuzione in concreto" alle attività «che realizzano in concreto il contenuto del comando».

⁹ CORBI 1992, 26 s.

compimento obbligatorio e officioso, da parte del pubblico ministero, di un insieme di attività processuali funzionali all'attuazione del comando¹⁰.

Tra i provvedimenti suscettibili di esecuzione nel processo penale, un'attenzione particolare meritano i provvedimenti del giudice – sentenze (anche di proscioglimento) e decreti penali di condanna – applicativi di pene e/o misure di sicurezza. All'esecuzione di tali provvedimenti può essere propriamente riservata la denominazione di **esecuzione penale**.

Con la locuzione “processo penale di cognizione” si designa la fase processuale destinata ad accertare la responsabilità penale dell'imputato e ad applicare, in caso di positivo accertamento della responsabilità, le sanzioni penali previste dalla legge. A seconda che i provvedimenti da eseguire siano o meno provvedimenti conclusivi del processo di cognizione, l'esecuzione si presenta come una **fase principale** del processo (sussequente a quella cognitiva) ovvero come una **fase incidentale** del medesimo. Essendo i provvedimenti di contenuto sanzionatorio penale, di regola, provvedimenti terminativi della fase di cognizione¹¹, l'esecuzione penale integra una fase principale del processo.

2. Crisi del giudicato, funzione della pena e compiti dell'esecuzione penale: il procedimento esecutivo e la giurisdizione esecutiva

La definizione sin qui offerta del concetto di esecuzione penale – l'insieme delle modalità processuali di attuazione dei provvedimenti del giudice penale applicativi di pene e/o di misure di sicurezza – non è, tuttavia, completa. Accanto ad attività processuali funzionali all'attuazione del comando sanzionatorio penale, la fase dell'esecuzione è oggi destinata ad ospitare, infatti, **attività e provvedimenti che incidono in senso modificativo sui contenuti del comando**.

Si tratta di un fenomeno relativamente nuovo nella nostra tradizione normativa. Nell'impianto originario del codice Rocco vigeva infatti una regola di tendenziale stabilità e immutabilità della sanzione irrogata in sede cognitiva¹². Custodi e baluardi di tale regola erano, per un verso, il principio di intangibilità (rigidamente inteso) del giudicato penale; per altro verso, la funzione esclusivamente retributiva e di prevenzione generale che veniva assegnata alla pena. Le sole modifiche del comando sanzionatorio penale che potevano intervenire dopo il passaggio in giudicato della sentenza erano, dunque, quelle conseguenti all'emanazione di provvedimenti clemenziali.

Il quadro è radicalmente mutato con il progressivo venir meno delle due premesse¹³.

Da un lato, la necessità di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale ha suggerito

¹⁰ CORBI 1992, 9.

¹¹ L'unico provvedimento sanzionatorio che precede la conclusione del processo di cognizione è l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza: artt. 312-313 c.p.p.

¹² CORBI 1992, 19 s.

¹³ Come è stato giustamente osservato, la funzione della pena e le valenze assegnate al giudicato sono le due «più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni» della fase esecutiva: DEAN 2004, 2.

al legislatore del 1988 di aprire **significative breccie nel muro del giudicato penale**. Emblematica, al riguardo, la vicenda dell'applicazione della disciplina del cumulo giuridico delle pene in caso di concorso formale di reati o di reato continuato: al cospetto delle gravi incongruenze derivanti da talune dinamiche applicative dell'art. 81 c.p. in sede di giudizio di cognizione, il legislatore, come vedremo¹⁴, ha espressamente autorizzato il giudice dell'esecuzione a modificare il trattamento sanzionatorio del condannato successivamente alla formazione del giudicato penale (art. 671 c.p.p.).

In aggiunta alla situazione regolata dall'art. 671 c.p.p. – e alle tradizionali ipotesi di inoperatività del principio del *ne bis in idem* rappresentate dalla revisione delle sentenze di condanna (art. 630 c.p.p.), dalla sopravvenienza della condizione di procedibilità *post rem iudicatam* (art. 345 c.p.p.) e dall'accertamento dell'esistenza in vita dell'imputato dichiarato morto con sentenza irrevocabile (art. 69 c.p.p.)¹⁵ –, sono ormai numerosi i casi in cui il legislatore tollera la caducazione del giudicato penale per ragioni pratiche o per finalità di giustizia. Rientrano in tale categoria, in particolare, le fattispecie disciplinate nell'art. 175 c.p.p. (restituzione nel termine per proporre impugnazione od opposizione contro la sentenza o il decreto penale divenuti irrevocabili)¹⁶, nell'art. 625-bis c.p.p. (ricorso straordinario per errore di fatto)¹⁷, nell'art. 669 c.p.p. (risoluzione del conflitto pratico di giudicati)¹⁸ e nell'art. 673 c.p.p. (revoca della sentenza per abolizione del reato)¹⁹.

Ne discendono conseguenze di non poco momento in ordine alla stessa fisionomia sistemata del giudicato penale. Tramontata la stagione delle sentenze irrevocabili destinate a *facere de albo nigrum*, nell'attuale assetto normativo «**il giudicato diviene istituto flessibile**, malleabile, aperto alle verifiche qualora ve ne sia comprovata necessità *in bonam partem*»: disegnando «un vero e proprio sistema di rimedi revocatori del giudicato penale», la legge processuale «punta a moltiplicare gli antidoti alla “decisione iniqua”», con l'effetto di piegare «la naturale tendenza autoconservativa del giudicato alle esigenze di giustizia sostanziale»²⁰.

Sulla base di analoghe premesse concettuali, la giurisprudenza tende poi a estendere ulteriormente i margini di revocabilità (o di semplice inefficacia) del giudicato penale. Significative, in proposito – accanto a talune letture estensive dell'art. 673 c.p.p.²¹ –, le soluzioni interpretative adottate in situazioni di **contrasto tra giudicato interno e decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo**. Prima che sul punto intervenisse la sentenza costituzionale n. 113/2011 – che, come vedremo, ha dichiarato illegittimo *in parte qua* l'art. 630 c.p.p.²² –, il problema era stabilire cosa accadeva se una sentenza definitiva di condanna era stata pronunciata all'esito di un processo penale che la Corte europea aveva ritenuto “non equo”, ossia celebrato in violazione di fondamentali diritti del condannato. In assenza di appositi rimedi revocatori interni, la Corte di cassazione era giunta a ritenere che simili sentenze fossero *tout court* non eseguibili²³, oppure a considerare appli-

¹⁴ *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 3.

¹⁵ *Infra*, Parte Prima, Cap. III, § 4.

¹⁶ *Infra*, Parte Prima, Cap. III, § 3.

¹⁷ *Infra*, Parte Prima, Cap. II, § 1.3.

¹⁸ *Infra*, Parte Prima, Cap. II, § 7.3.

¹⁹ *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 4.

²⁰ DEAN 2004, 45 s. V. anche, per analoghe riflessioni, DALIA-FERRAIOLI 2003, 812, e GAITO-RANALDI 2005, 43 s.

²¹ *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 4.

²² Sul punto v. *infra*, Parte Prima, Cap. III, § 3, e Parte Terza, Capitolo II, Sezione Prima, § 2.2.1.

²³ Cass. 1.12.2006, Dorigo. In tema v. anche Cass. 21.2.2008, Rojas, e Cass. 22.9.2005, Cat Berro.

cabile analogicamente l'art. 625-*bis* c.p.p. (ricorso straordinario per errore materiale o di fatto) nei confronti della sentenza di cassazione che aveva determinato il formarsi del giudicato²⁴. L'istituto di carattere eccezionale regolato dall'art. 625-*bis* c.p.p. veniva così convertito nell'espressione di una regola generale, destinata ad applicarsi nei casi analoghi: «nel bilanciamento dei valori costituzionali – da un lato, quello della funzione costituzionale del giudicato e, dall'altro, quello del diritto a un processo “equo” e a una decisione resa nel rispetto dei principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa – non può che prevalere quest'ultimo»²⁵.

D'altro lato, la morfologia della fase esecutiva è profondamente mutata a seguito delle trasformazioni che negli ultimi decenni hanno investito la funzione stessa della pena e delle misure di sicurezza. Al riguardo, il decisivo momento di passaggio è coinciso con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che ha sancito il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27.3 Cost.). La Corte costituzionale ha individuato l'esatta portata del principio con la sentenza 4 luglio 1974, n. 204, che ha affermato, in particolare, l'esistenza di un diritto del condannato in espiazione di pena a un periodico «riesame» in ordine al protrarsi della pretesa punitiva «al fine di **accertare se in effetti la quantità della pena espiaata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo**». A queste condizioni, era impensabile che la fase dell'esecuzione penale conservasse la sua fisionomia originaria. La funzione rieducativa della pena – alla quale è difficile dare concretezza sia nel momento della previsione normativa del trattamento sanzionatorio, sia, come vedremo, in quello della commisurazione della pena all'atto della condanna – era destinata a trovare nella fase esecutiva il momento ideale per la sua attuazione. Ciò è accaduto con la legge di ordinamento penitenziario 26 luglio 1975, n. 354²⁶ e successive integrazioni e modificazioni (tra cui la l. 10 ottobre 1986, n. 663, più nota come legge “Gozzini”), alla quale si devono, in particolare, due fondamentali innovazioni: la

²⁴ Nella fattispecie scrutinata da Cass. 11.2.2010, Scoppola, la possibilità di applicare in via analogica l'art. 625-*bis* c.p.p. è stata riconosciuta in un'ipotesi in cui il processo si era chiuso con una pena ritenuta non equa dal giudice europeo (era stato inflitto l'ergastolo a un imputato che aveva richiesto il giudizio abbreviato quando la *lex temporis* prevedeva come pena massima irrogabile, nel procedimento di cui agli artt. 438 ss. c.p.p., la pena di trent'anni di reclusione). All'esito del nuovo giudizio di cassazione, annullata senza rinvio la sentenza di merito che aveva applicato la pena iniqua, il giudice di legittimità ha provveduto direttamente a determinare la nuova pena in conformità al *dictum* della Corte di Strasburgo («affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena erroneamente inflitta», ha affermato la Corte di cassazione, sarebbe «pienamente conforme alla normativa vigente»: ma «in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si [può] evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni europee»). Nella fattispecie scrutinata da Cass. 12.11.2008, Drassich, la lesione dei diritti difensivi del condannato (*sub specie* di violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza) si era invece realizzata nel corso dello stesso giudizio di legittimità: la Corte di cassazione ha disposto che si procedesse a una nuova trattazione del ricorso (cfr. Cass. 25.5.2009, Drassich).

²⁵ Cass. 12.11.2008, Drassich. Per analoghe riflessioni, in dottrina, GAITO-RANALDI 2005, 46, i quali ritengono che, nella stagione del “giusto processo” costituzionale, non siano più «concepibili – neppure in astratto – preclusioni dogmatiche all'estensione delle opportunità di rimozione *in executivis* delle ingiustizie decisorie», deducendone che il giudicato «va incrinato ogniqualvolta il buon diritto dell'individuo risulti sacrificato da una concezione assolutamente formalistica dello stesso».

²⁶ D'ora in avanti, ord. penit.

previsione del cosiddetto “trattamento rieducativo” del condannato (art. 6.1) e l'introduzione delle misure alternative alla detenzione (artt. 47 s.)²⁷.

Ne è scaturito un notevole **arricchimento dei compiti dell'esecuzione penale**, che va intesa, oggi, come quella fase del processo all'interno della quale non solo si compiono attività funzionali all'attuazione del comando sanzionatorio contenuto in una decisione dell'autorità giudiziaria penale, ma possono anche essere emanati provvedimenti che comportano *l'estinzione, la sostituzione o la modificazione* di tale comando. Di tali provvedimenti, è bene dire subito che taluni competono al giudice dell'esecuzione, altri alla magistratura di sorveglianza. Competono alla magistratura di sorveglianza i provvedimenti che incidono sui contenuti del comando sanzionatorio penale per effetto di valutazioni «in cui prevalente appare il giudizio sulla funzionalità ed efficienza della pena in relazione al fine specifico della rieducazione del condannato ed in quelle dove appare essenziale l'accertamento della pericolosità del soggetto (come, ad esempio, in tema di misure di sicurezza)»²⁸. Gli altri interventi estintivi, sostitutivi o modificativi del comando sanzionatorio penale – nonché l'emanazione dei provvedimenti funzionali all'attuazione del comando originario – spettano invece al pubblico ministero e al giudice dell'esecuzione.

Lo svolgimento di attività processuali e l'esercizio di funzioni giurisdizionali possono infine rendersi necessari, nel corso della fase esecutiva, (a) per l'adozione di provvedimenti che – senza incidere in senso estintivo, sostitutivo o modificativo sui contenuti del comando sanzionatorio penale – contribuiscono comunque a definire **la misura e la qualità della pena** concretamente scontata dal condannato (si pensi alla concessione di un permesso-premio a un detenuto); (b) per la soluzione di controversie concernenti la **violazione dei diritti dei detenuti** in espiazione di pena.

Sulla base di tali premesse, è possibile distinguere, nell'ambito dell'esecuzione penale, un procedimento esecutivo e una giurisdizione esecutiva: e all'interno di quest'ultima, una giurisdizione esecutiva in senso stretto e una giurisdizione rieducativa.

Nell'ambito del **procedimento esecutivo e della giurisdizione esecutiva in senso stretto** vengono non soltanto compiute (dal pubblico ministero e dal giudice dell'esecuzione) le attività processuali funzionali all'attuazione del comando sanzionatorio penale, ma anche operate, ove necessario, variazioni contenutistiche del comando diverse da quelle – di competenza della magistratura di sorveglianza – che discendono da un giudizio di funzionalità della pena in chiave rieducativa o dall'accertamento della pericolosità del soggetto. Nell'ambito della **giurisdizione rieducativa** vengono invece adottati (dalla magistratura di sorveglianza) non soltanto i provvedimenti estintivi, sostitutivi o modificativi del comando sanzionatorio penale che discendono da un giudizio di funzionalità della pena in chiave rieducativa o dall'accertamento della pericolosità del soggetto, ma anche provvedimenti destinati a incidere in senso più

²⁷ In tema di misure di sicurezza, novità non meno importanti sono quelle derivanti dall'eliminazione della presunzione di pericolosità sociale (art. 31 l. 10 ottobre 1986, n. 663) e dalla previsione del riesame di pericolosità di cui all'art. 21 della stessa l. n. 663/1986 (modificativo dell'art. 69 ord. penit.).

²⁸ Così la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA 1990a, 1377.

lato sulla misura e sulla qualità della pena inflitta (permessi, licenze, ammissione al lavoro esterno, ecc.) nonché a risolvere le controversie insorte in ordine alla violazione dei diritti soggettivi dei detenuti in espiazione di pena.

Più nel dettaglio, il **procedimento esecutivo** è costituito dalle attività di esecuzione del titolo esecutivo²⁹ che la legge affida al pubblico ministero (artt. 655-664 c.p.p.). Tra le principali attività che vi rientrano ricordiamo l'emanazione dell'ordine di esecuzione (art. 656), il c.d. computo del presofferto (art. 657) e il cumulo delle pene (art. 663). La **giurisdizione esecutiva in senso stretto** è costituita dai provvedimenti del giudice dell'esecuzione di cui agli artt. 665-676 c.p.p., concernenti le questioni sul titolo esecutivo (art. 670 c.p.p.), l'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato (art. 671 c.p.p.), la revoca della sentenza per *abolitio criminis* (art. 673 c.p.p.), la revoca di altri provvedimenti (art. 674 c.p.p.), l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto (art. 672), i controlli sui profili soggettivi del titolo esecutivo (artt. 667 e 668 c.p.p.), altre competenze minori (artt. 675 e 676 c.p.p.). La **giurisdizione rieducativa** (o giurisdizione sul contenuto sanzionatorio del titolo) è invece quella affidata dagli artt. 677-684 c.p.p., dalla legge di ordinamento penitenziario e da numerose disposizioni di leggi speciali al magistrato e al tribunale di sorveglianza (che sono, è bene chiarirlo immediatamente, organi giudiziari *ad hoc*, a differenza del giudice dell'esecuzione che è di regola lo stesso giudice che ha emanato in sede cognitiva il provvedimento da eseguire). Tra i principali provvedimenti emanati in tale ambito ricordiamo la concessione e revoca delle misure alternative alla detenzione (ivi compresa la liberazione condizionale); la sospensione dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva; l'applicazione, esecuzione e revoca delle misure di sicurezza; la determinazione delle modalità di esecuzione delle sanzioni sostitutive; la conversione delle pene pecuniarie; la concessione della riabilitazione e l'istruzione della domanda di grazia; il rinvio dell'esecuzione della pena; le decisioni sui reclami presentati a norma dell'art. 14-ter o dell'art. 41-bis.2-quinquies ord. penit.³⁰

3. Il problema della natura amministrativa o giurisdizionale della fase esecutiva

Si è visto come l'esecuzione in genere (e l'esecuzione penale in specie) non possa non essere collocata **all'interno del processo** penale. Ciò in virtù sia del legame *funzionale* che la unisce alla fase c.d. di "cognizione" – costituendo l'esecuzione «il perfezionamento, sotto il profilo della funzionalità, dell'operazione conoscitivo-volitiva

²⁹ "Titolo esecutivo", come meglio diremo in seguito, è il comando contenuto nel dispositivo di un provvedimento dell'autorità giudiziaria suscettibile di essere eseguito.

³⁰ CORBI 1992, 53 s. Parzialmente analoga la sistematica di GAITO-RANALDI 2005, 18, che distinguono una giurisdizione esecutiva in senso tecnico (che concerne «l'esistenza, la valida formazione, la portata e l'eseguibilità del titolo esecutivo latamente inteso»), una giurisdizione esecutiva "rieducativa" (che consiste in «procedure le quali, interpolando un titolo già formato, tendono all'applicazione di una misura rieducativa alternativa alla detenzione e poi, eventualmente, alla sua revoca o sostituzione») e una giurisdizione *propter e praeter delictum* (che consta di «procedimenti attraverso i quali, inflitta una misura di sicurezza ovvero di prevenzione, si punta ad acclarare la persistenza dello stato di pericolosità individuale o reale»). In linea generale, secondo questi autori, il diritto dell'esecuzione penale consterebbe di quel complesso di previsioni normative: (a) che disciplinano i tempi, i modi, le forme di *realizzazione* e di *controllo della regolarità* del comando contenuto nel provvedimento giurisdizionale; (b) che contemplan misure idonee a favorire *l'evoluzione della personalità del condannato nella prospettiva del suo recupero e reinserimento sociale*.

del giudice che si estrinseca nell'emissione del provvedimento»³¹ –, sia delle sue connotazioni *strutturali* tipicamente procedimentali, essendo l'esecuzione costituita da attività e provvedimenti ordinati in sequenza e regolati dalla legge processuale.

Più controverso il tema della **natura amministrativa o giurisdizionale** della fase esecutiva. Nell'impianto originario del codice di procedura penale abrogato l'esecuzione veniva ritenuta una fase tipicamente amministrativa³². L'intervento incidentale del giudice dell'esecuzione – limitato a poche ipotesi di controversia sull'eseguibilità del titolo – veniva al più considerato come una forma di “reviviscenza” della giurisdizione: una reviviscenza, peraltro, «soltanto apparente [...], non fosse altro per essere la funzione giudicante esercitata in forma autocratica all'interno di uno schema procedimentale nemmeno lontanamente commisurabile agli omologhi meccanismi della fase di cognizione»³³. Analogo il discorso per il giudice di sorveglianza, le cui originarie e limitatissime funzioni in materia di misure di sicurezza e di vigilanza penitenziaria (artt. 144 c.p., 635.1 c.p.p. abr.) non erano che funzioni amministrative attribuite a un organo giudiziario.

La «incondizionata investitura dell'apparato burocratico a gestire le sorti del reo in espiatione di pena»³⁴ era infine testimoniata dalla competenze attribuite *in executivis* al ministro della giustizia: revoca anticipata delle misure di sicurezza (art. 207.3 c.p.), concessione della liberazione condizionale (art. 43 disp. att. c.p.p. abr.), differimento dell'esecuzione della pena (art. 589. c.p.p. abr.).

Sul problema ha inciso profondamente l'entrata in vigore della Costituzione. Per un verso, infatti, gli artt. 13, 24, 25, 102 e 111 Cost. hanno introdotto un'autentica **riserva costituzionale di giurisdizione in materia di libertà personale** (che è la materia sulla quale incide l'attività esecutiva penale), individuando i requisiti fondamentali che, in ossequio a tale riserva, devono caratterizzare le procedure aventi ad oggetto la libertà della persona³⁵. Ne deriva che le attività di esecuzione penale devono possedere, perché sia rispettato il dettato costituzionale, una serie di **garanzie giurisdizionali minime** (vedremo tra breve quali sono) ricavabili dalla stessa Carta fondamentale. In questo senso, si è fatto giustamente rilevare³⁶, il problema della natura amministrativa o giurisdizionale della fase esecutiva può considerarsi superato: tale fase *non può non essere giurisdizionale* – quanto meno nel senso ora precisato (presenza delle “garanzie minime”) – se vuole restare entro i binari della costituzionalità³⁷.

³¹ CORBI 1992, 26 s. Analogamente – ma attribuendo alla circostanza un rilievo decisivo ai fini della stessa giurisdizionalità della fase esecutiva anziché della sua semplice processualità – CATELANI 2002, 32 s.

³² Per tutti LEONE 1971, 646.

³³ DEAN 2004, 2. Giova ricordare che se «non vi è giurisdizione senza giudice, non basta che l'attività sia espletata da un giudice perché possa dirsi giurisdizionale»: GIOSTRA 1983, 55.

³⁴ DEAN 2004, 3.

³⁵ Fondamentale, in questa prospettiva, l'esegesi dell'art. 13 Cost., «il cui comma 2 – avente letteralmente ad oggetto i provvedimenti restrittivi della libertà personale – è stato opportunamente interpretato [dalla Corte costituzionale] in senso ampio, con conseguente estensione della riserva di giurisdizione in esso contenuta all'intera gamma dei provvedimenti riguardanti la libertà personale del condannato»: DELLA CASA 2006a, 964.

³⁶ CORBI 1992, 37.

³⁷ Diffusamente, al riguardo, GAITO-RANALDI 2005, 30 s. Sulla base di queste premesse, la Corte co-

Non è un caso che la scure del giudice delle leggi si sia presto abbattuta sui poteri che la disciplina codicistica abrogata assegnava al **ministro della giustizia** in fase esecutiva: cfr. Cost. 110/1974, Cost. 204/1974 e Cost. 114/1979, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale, rispettivamente, dell'art. 207.3 c.p., dell'art. 43 disp. att. c.p.p. abr. e dell'art. 589 c.p.p. abr. (con riferimento all'ipotesi di liberazione del condannato affetto da grave infermità fisica). Entrato in vigore il codice di procedura penale del 1988, il potere di differire l'esecuzione della pena – assegnato di regola al tribunale di sorveglianza dall'art. 684.1 c.p.p. – rimaneva ancora al ministro della giustizia nell'ipotesi di cui all'art. 147.1 n. 1 c.p. (presentazione della domanda di grazia): ma l'art. 684.1 c.p.p. è stato anch'esso dichiarato illegittimo, in questa parte, da Cost. 274/1990³⁸.

Per altro verso, il già segnalato arricchimento dei compiti della fase esecutiva derivante dall'accoglimento del principio della rieducazione del reo (art. 27.3 Cost.) non poteva non riverberarsi sulla stessa morfologia della fase. Destinata a ospitare vicende modificative, sostitutive o estintive della sanzione penale irrogata dal giudice della cognizione, la procedura esecutiva non poteva non assumere – almeno *in parte qua* – **cadenze rigorosamente giurisdizionali**, pena l'aggiramento del principio *nulla poena sine iudicio* desumibile dall'art. 25.2 Cost.³⁹. In altre parole, «era proprio la nuova fisionomia funzionale della pena a imporre un radicale ripensamento delle attività *post rem iudicatam*: il momento risocializzante [...] esigeva flessibilità nell'attuazione del contenuto della condanna e postulava, pertanto, una pluralità di garanzie sconosciute a un sistema improntato all'applicazione del *dictum* giudiziale nella sua rigida immutabilità»⁴⁰. Nell'inaugurare «la stagione dell'esecuzione “flessibile”»⁴¹ – nell'affermare, cioè, la necessità di un costante riesame dell'utilità e dell'efficacia dell'esecuzione della pena in chiave rieducativa –, la sentenza costituzionale n. 204/1974 aveva già sottolineato, del resto, come la periodica “ri-commisurazione” del trattamento sanzionatorio dovesse venire effettuata con il conforto di «una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

Una rassegna dei **connotati minimi di giurisdizionalità** che devono caratterizzare i provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza adottati in fase esecutiva è contenuta in Cost. 53/1993. *Vocatio in ius*, appagamento integrale dell'esigenza di contraddittorio, impugnabilità del provvedimento sono i tre parametri ritenuti irrinunciabili dal tribunale delle leggi. La Corte costituzionale ne ha dedotto l'illegittimità delle norme (art. 236 disp. att. c.p.p., art. 14-ter e 30-bis ord. penit.) che non consentivano l'applicazione degli artt. 666 e 678 c.p.p. nel procedimento celebrato innanzi al tribunale di sorveglianza a seguito di reclamo contro il decreto del magistrato di sorveglianza che esclude dal computo della detenzione il periodo trascorso in permesso-premio (nei casi di mancato rientro o di altri “gravi comportamenti” del condannato che dimostrino come questi non fosse “meritevole del beneficio”). Le norme dichiarate incostituzio-

stuzionale si è ripetutamente fatta carico, nel vigore del codice abrogato, di accrescere le garanzie giurisdizionali in materia di esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza (oltre alle sentenze menzionate nel testo, cfr. Cost. 53/1968, Cost. 168/1972, Cost. 69/1975, e in particolare Cost. 69/1970 e Cost. 98/1982). In seguito, la l. 26 luglio 1975, n. 354 e la l. n. 663/1986 avrebbero tracciato le coordinate del procedimento di sorveglianza nel rispetto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte.

³⁸ Cfr. DELLA CASA 2006b, 878, e GAITO 2006a, 972.

³⁹ DELLA CASA 2006a, 963; ma v. già GREVI 1977, 277.

⁴⁰ DEAN 2004, 5.

⁴¹ DELLA CASA 2006a, 962 s.

nali – nonché l'art. 53-bis.2 ord. penit. – prevedevano che il suddetto procedimento si svolgesse (anziché, appunto, nelle forme “garantite” di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., di indubbia natura giurisdizionale) nelle forme contratte di cui all'art. 14-ter ord. penit., previste in via principale per il reclamo contro il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis ord. penit.: una procedura che la Corte costituzionale, sulla base delle riferite premesse, ha ritenuto non pienamente giurisdizionale, sia perché all'interessato non è data facoltà di partecipare all'udienza ma solo di presentare memorie, sia perché il provvedimento del tribunale di sorveglianza non sarebbe, a giudizio della Corte, ricorribile per cassazione⁴².

Il problema è semmai stabilire **quali, tra i provvedimenti adottati in sede esecutiva, incidono effettivamente sulla libertà personale del condannato** e vanno pertanto emanati nel rispetto delle garanzie proprie della giurisdizione. Nessun dubbio, come già accennato, che le garanzie giurisdizionali debbano essere assicurate quando si debbano emanare provvedimenti che modificano, sostituiscono o estinguono la sanzione penale irrogata in sede cognitiva: ma che dire, ad esempio, di un provvedimento del magistrato di sorveglianza che concede un permesso a un detenuto (artt. 30, 30-ter ord. penit.) o di un provvedimento disciplinare emanato dal consiglio di disciplina (art. 40 ord. penit.)? Al riguardo, la Corte costituzionale⁴³ – dopo avere tracciato una fondamentale distinzione tra i provvedimenti concernenti «le modalità di esecuzione della pena che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna» (come, ad esempio, le statuizioni disciplinari, i trasferimenti ecc.) e i provvedimenti che «incidono sulla quantità e qualità della pena»: questi ultimi, pacificamente inclusi nel novero delle decisioni da adottare all'esito di una procedura giurisdizionale⁴⁴ – ha precisato che la seconda categoria deve ritenersi comprensiva di tutte le «misure che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere» (come i permessi, le licenze, l'ammissione al lavoro all'esterno). Ne è scaturito un primo significativo ampliamento degli spazi assegnati alla giurisdizione in fase esecutiva, non più coincidenti con le sole procedure in grado di incidere in senso sospensivo, modificativo o estintivo sulla sanzione penale irrogata dal giudice della cognizione⁴⁵.

La patente di piena giurisdizionalità conferita dalla Corte costituzionale alle decisioni riguardanti i **permessi ai detenuti** – a lungo relegate nel limbo dei compiti di natura amministrativa attribuiti al magistrato di sorveglianza⁴⁶ – ha inciso notevolmente sull'esegesi delle norme che ne regolano l'emanazione: ad esempio, è diventata «*ius receptum* la regola secondo cui il tribunale di sorveglianza, quando si pronuncia [a norma dell'art. 30-bis ord. penit.] sul reclamo relativo a un decreto del magistrato di sorveglianza in tema di permessi, deve procedere ai sensi degli artt. 666 e 678 c.p.p., adottando cioè il procedimento di sorveglianza»⁴⁷; la Corte di cassazione, inoltre, aveva già affermato che «attesa la natura non amministrativa ma giurisdizionale dei procedimenti in materia di permessi-premio ai detenuti (giusta quanto chiarito nelle sentenze della Corte costituzionale n. 349/1993 e n. 227/1995) [...] deve ritenersi che anche avverso le ordinanze del tribunale di sorveglianza concernenti la concessione o il diniego dei summenzionati permessi sia esperibile il ricorso per cassazione»⁴⁸.

⁴² V. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 11.2.

⁴³ Cost. 349/1993: ma v. anche Cost. 227/1995.

⁴⁴ Per un parziale superamento di questa distinzione da parte della stessa Corte costituzionale v. peraltro *infra*, § 7.

⁴⁵ DELLA CASA 2006a, 971 s. Quanto agli spazi che devono essere attribuiti alla giurisdizione allorché si controverta sulla violazione di diritti soggettivi dei condannati in espiazione di pena cfr. *infra*, § 7.

⁴⁶ DI GENNARO-BONOMO-BREDA 1976, 301 s.

⁴⁷ DELLA CASA 2006a, 972. Sul punto v. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, 11.2.

⁴⁸ Così, ad esempio, Cass. 21.2.1996, Resica.

4. | Esecuzione e modelli di giurisdizione penale

In questi limiti, dunque, alla fase dell'esecuzione penale non può non essere riconosciuto carattere giurisdizionale. Ma **quale tipo di giurisdizione** deve caratterizzare la fase esecutiva?

Con specifico riferimento alla giurisdizione *rieducativa*, un'attenta dottrina sottolineava giustamente – verso la metà degli anni ottanta – come la medesima presentasse connotati affatto peculiari rispetto alla giurisdizione cognitiva. Due, in particolare, gli elementi distintivi:

(1) un inevitabile **allargamento delle maglie del principio di legalità e di tassatività**, derivante dal fatto che «gli elementi significanti ai fini dell'adozione di una misura rieducativa non possono, pena l'inefficienza finalistica degli stessi, essere rigidamente ed analiticamente prefissati» (pensiamo ai concetti di “grave comportamento” e di “meritevolezza del beneficiario” sui quali si impernia la già menzionata decisione del magistrato di sorveglianza di cui all'art. 53-*bis* ord. penit.)⁴⁹;

(2) l'**assenza della struttura triadica tipica del processo di cognizione**, derivante dalla mancanza di un autentico conflitto di interessi tra il condannato e il pubblico ministero (posto che anche l'ufficio del pubblico ministero «persegue un obiettivo di reinserimento sociale del condannato»): con il rappresentante dell'accusa nelle vesti di «un interlocutore e solo eventualmente [di] un contraddittore dell'interessato», e con il giudice nelle vesti di «difensore della funzione rieducativa»⁵⁰.

Altre peculiarità della giurisdizione rieducativa venivano individuate: (a) nella presenza di giudici «specializzati, in possesso di particolari e congrue cognizioni extragiuridiche»; (b) nello spostamento del baricentro della difesa tecnica dal difensore al consulente tecnico; (c) nella necessaria configurazione del giudicato come giudicato “aperto”, *rebus sic stantibus*⁵¹.

Funzionali all'attuazione dell'art. 27.3 Cost., simili connotati riflettevano, secondo la medesima dottrina, l'ispirazione di fondo della giurisdizione rieducativa: il suo es-

⁴⁹ GIOSTRA 1983, 61, 135 s., 240 s., 392 s. Nello stesso senso ESPOSITO 2004, 27: «al legislatore penitenziario non si richiede un'osservanza esasperata del principio di determinatezza. Le norme penitenziarie, dovendo raccordarsi con la personalizzazione dell'esecuzione penale e con la struttura tendenzialmente flessibile della pena nella fase esecutiva [...] possono ragionevolmente lasciare un limitato margine di discrezionalità, utilizzabile dalla magistratura di sorveglianza nella gestione concreta delle singole misure».

⁵⁰ GIOSTRA 1983, 61, 135 s., 240 s. Riconoscono che il procedimento di sorveglianza si caratterizza per una «naturale e graduale attenuazione dell'antagonismo tra le parti» – le quali, dunque, «tenderebbero a convergere, anche sul piano probatorio, verso la realizzazione di un medesimo fine» – anche PAVARINI-GUAZZALOCCA 2004, 196, che tuttavia osservano come il rito di sorveglianza possa essere tendenzialmente ascrivito a un simile modello «nei soli casi in cui abbia ad oggetto la concessione di un beneficio o comunque di una posizione favorevole al condannato», mentre «qualora si proceda per la revoca di un beneficio, viene a configurarsi una situazione che, nella sostanza, è del tutto simile a quella che si realizza nel processo di cognizione». Sul problema, con specifico riferimento alla legittimità della previsione di poteri di iniziativa ufficiosa nell'instaurazione del procedimento, cfr. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 9.1.1.

⁵¹ GIOSTRA 1983, 135 s.

sere «un modello processuale di giudizio sull'uomo in esecuzione di pena», un tipo di giurisdizione che, «forse per la prima volta nel nostro ordinamento, pone l'uomo al centro del procedimento penale»⁵².

S'intende che si può essere più o meno d'accordo con questa filosofia (della pena e, conseguentemente) della giurisdizione sulla pena: e le preoccupazioni di chi ne denuncia i **fisiologici risvolti inquisitori, anticognitivi e autoritari** appaiono tutt'altro che infondate. Nella giurisdizione rieducativa, è stato incisivamente scritto, «è la persona del delinquente più che il fatto delittuoso – il peccatore più che il peccato, il malato più che il sintomo morboso – a venire in primo piano ai fini della qualità e della quantità della pena. E ciò si riflette sulla stessa qualità del giudizio, orientandolo all'analisi dell'anima e all'osservazione psico-somatica del reo più che all'accertamento della sua condotta, in consonanza con modelli soggettivizzati di diritto penale basati sul "tipo di delinquente" e sulla sua pericolosità *ante delictum*, anziché sul "tipo di delitto" commesso»; «il giudizio viene piegato a moduli inquisitori, [perché] l'autorità che dispensa o che nega un beneficio penale [...] non accerta fatti in pubblico contraddittorio, ma valuta e giudica direttamente l'interiorità delle persone; non decide sulla commissione di un reato, cioè su di un'ipotesi empirica verificabile e confutabile come esige il carattere cognitivo proprio della giurisdizione, ma immediatamente sulla "cessata pericolosità" di un uomo, o sulla sua "buona condotta", o sul suo "avvenuto ravvedimento" o su altre analoghe valutazioni per loro natura inverificabili e inconfutabili»⁵³. Sono, giova ripeterlo, preoccupazioni tutt'altro che infondate. Sul piano processuale, tuttavia, l'attuazione del principio rieducativo ha – almeno in una certa misura – questi inevitabili costi.

Tali essendo le premesse, non stupisce, dunque, che la giurisdizione esecutiva assumesse connotati profondamente diversi rispetto alla giurisdizione cognitiva, piegando verso un modello di giurisdizione penale in cui perdevano peso specifico, in particolare, le garanzie del contraddittorio e della terzietà del giudice.

Questa nitida impalcatura sistematica – basata sulla contrapposizione tra due modelli giurisdizionali (cognitivo e rieducativo) distinti ma compatibili con una nozione costituzionale di giurisdizione penale sufficientemente elastica da contenerli in sé entrambi⁵⁴ – è tuttavia **entrata in crisi** con l'approvazione del codice di procedura penale vigente. La legge delega per l'emanazione del nuovo codice (l. 16 febbraio 1987, n. 81) imponeva, infatti, non soltanto l'introduzione di «garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza» (direttiva 96), ma anche il coordinamento dei procedimenti di ese-

⁵² GIOSTRA 1983, 153.

⁵³ FERRAJOLI 1991, 258, 407. Per queste ragioni, e coerentemente con le sue premesse, Ferrajoli (*ivi*, 407) dubita della stessa giurisdizionalità del procedimento di sorveglianza: «per quanto i giudici di sorveglianza possano essere dotati di umanità e di saggezza, è l'oggetto e la natura delle loro decisioni che rende la loro funzione non giurisdizionale ma amministrativa».

⁵⁴ GIOSTRA 1983, 61: il legislatore ordinario «mantiene una certa libertà di scelta anche all'interno del quadro di garanzie giurisdizionali imposte dalla Costituzione, che possono e devono assumere [...] forme diverse di attuazione [...] La preoccupazione del legislatore costituente, infatti, è stata quella di assicurare un minimo insopprimibile di garanzie, lasciando impregiudicato il problema della struttura processuale concretamente adottabile: un'unica filigrana su cui disegnare le diverse forme procedurali. La descrizione di uno stereotipo di processo giurisdizionale non avrebbe consentito quel necessario adeguamento alle peculiari esigenze che, di volta in volta, caratterizzano l'intervento giurisdizionale».

cuzione e sorveglianza con i principi generali della legge delega (direttiva 98); la direttiva 104 richiedeva inoltre «l'adeguamento di tutti gli istituti processuali» (compresi, evidentemente, quelli esecutivi) «ai principi e criteri innanzi enunciati», tra cui la «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento». Si è così progressivamente affermata l'opinione che la giurisdizione esecutiva nel suo complesso (sia la giurisdizione esecutiva in senso stretto, sia la giurisdizione rieducativa) dovesse **assumere, tendenzialmente, le medesime forme della giurisdizione cognitiva**, cioè dovesse recare «inequivocamente le stimate accusatorie proprie dell'intera riforma», riproponendo, in particolare, «lo schema triadico tipico della tradizione accusatoria»⁵⁵. Di qui l'individuazione di **nuove “regole minime”** per la giurisdizione esecutiva, destinate ad avvicinare notevolmente i due modelli: (a) intervento del giudice ordinario in posizione di terzietà (questa la novità fondamentale); (b) diritto alla difesa tecnica e all'autodifesa, intesa quest'ultima anche come diritto dell'interessato alla partecipazione personale al procedimento; (c) diritto al contraddittorio; (d) motivazione e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti decisori emessi dal giudice nel procedimento⁵⁶.

Il processo di assimilazione delle due forme di *ius dicere* si è poi ulteriormente accentuato con il **“nuovo” art. 111 Cost.**, il quale, come è noto, ha ridotto l'estensione del concetto normativo di giurisdizione penale aumentandone l'intensione: offrendone, cioè, un minuzioso *cliché* marcatamente ritagliato sulla sagoma del processo cognitivo. Secondo una diffusa opinione, pertanto, la giurisdizione esecutiva dovrebbe oggi esibire tutti i connotati della giurisdizione penale delineati dall'art. 111 Cost. che non appaiano ontologicamente irriferribili alle attività *post rem iudicatam*: contraddittorio e parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice, congruità del termine per la preparazione della difesa, ragionevole durata del procedimento, sua comprensibilità per l'alloglotta⁵⁷. Più controversa l'operatività *in executivis* del principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova (art. 111.4 Cost.), negata da alcuni⁵⁸ e ammessa da altri⁵⁹.

Giurisdizione cognitiva e giurisdizione esecutivo/rieducativa tendono poi a sovrapporsi per un'altra decisiva ragione, concernente, questa volta, il *contenuto* dei provvedimenti adottati nell'una e nell'altra fase. Si può dire, infatti, che **la giurisdizione cognitiva tende oggi a recepire contenuti che un tempo erano caratteristici della giurisdizione esecutiva e viceversa**.

Il fenomeno è particolarmente evidente sul terreno della commisurazione della pena. Per un verso, la Corte costituzionale (sentenza n. 313/1990) ha espressamente affermato che il giudice della cognizione deve commisurare la pena tenendo conto anche delle esigenze di risocializzazione

⁵⁵ DEAN 2004, 6 s.

⁵⁶ V. ad esempio CORBI 1992, 36; CORBI-NUZZO 2003, 5; GAITO-RANALDI 2005, 27 s.

⁵⁷ Per tutti DEAN 2010, 838 s.; GAITO-RANALDI 2005, 1 s.; LORUSSO 2002, 48 s.; SCALFATI 2004, 5 s.; TONINI 2010, 916. Nel senso, invece, che «l'esecuzione penale non può essere qualificata come un segmento di quel processo cui si riferisce la norma costituzionale sulla giurisdizione», cfr. CERESA-GASTALDO 2010, 1033.

⁵⁸ DEAN 2004, 10 s.

⁵⁹ FILIPPI-SPANGHER 2007, 323, 390 s.; LORUSSO 2002, 55, 231, 242.

del reo⁶⁰: e già la l. 24 novembre 1981, n. 689, nell'introdurre le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (art. 53 s.), aveva invitato il giudice a effettuare la sostituzione scegliendo la pena sostitutiva «più idonea al reinserimento sociale del condannato» (art. 58). Per svolgere adeguatamente simili compiti, anche il processo di cognizione dovrebbe pertanto concentrarsi sulla persona oltre che sul fatto, con ciò che ne segue in termini di attenuata struttura contenziosa – *in parte qua* – del processo. Per altro verso, anche le misure alternative alla detenzione hanno, col tempo, mutato fisionomia. Si sono infatti moltiplicate, come vedremo, le ipotesi di misure alternative applicate *ab initio*, cioè immediatamente dopo la chiusura del processo di cognizione, a soggetti che si trovano ancora in stato di libertà. Ciò ha generato un singolare effetto: nella maggioranza dei casi, la pena detentiva irrogata dal giudice della cognizione svanisce nel nulla senza essere stata eseguita neppure in minima parte, travolta dalle statuizioni di un tribunale di sorveglianza chiamato ormai, come è stato detto, a «completare il lavoro» del giudice della fase cognitiva⁶¹ e ad effettuare – sulla base di parametri valutativi non differenti da quelli affidati al giudice della cognizione – quella che qualcuno non esita a definire la “vera” commisurazione della pena⁶².

Ma l'irruzione delle istanze di recupero sociale del reo nel momento della commisurazione iniziale della pena non è la sola ragione dell'attuale osmosi di contenuti tra la fase cognitiva e quella esecutiva. Ad alimentare il fenomeno contribuisce la crescita delle competenze del giudice dell'esecuzione, chiamato oggi ad adottare provvedimenti un tempo riservati al giudice della cognizione: ad esempio, valutare la sussistenza del “medesimo disegno criminoso” tra più reati già definitivamente giudicati in sede cognitiva al fine di determinare il complessivo trattamento sanzionatorio del condannato alla luce dell'art. 81 c.p. (art. 671 c.p.p.).

Assegnare, tuttavia, alla fase esecutiva – e in particolare, alla giurisdizione rieducativa – i connotati giurisdizionali tipici della cognizione (*in primis*, terzietà del giudice e contraddittorio) non è un'operazione semplice. Rimangono infatti valide le considerazioni svolte a suo tempo circa l'ontologica incompatibilità fra il giudizio sulla persona che forma oggetto della giurisdizione rieducativa e la struttura conflittuale/contenziosa caratteristica del processo di cognizione. Le difficoltà che si incontrano nel rivestire l'esecuzione penitenziaria con i medesimi panni della giurisdizione cognitiva – denunciate dal frequente e non casuale ricorso, in dottrina, a soluzioni definitorie di compromesso (**giurisdizione “anomala”**⁶³, **esecuzione “leale”** o **“equa”** contrapposta al processo “giusto”⁶⁴, ecc.) – emergono in tutta la loro evidenza quando si discute, ad esempio, dei poteri ufficiali tradizionalmente attribuiti al giudice nell'ambito del procedimento di sorveglianza⁶⁵. Anche chi ritiene che la disciplina della fase esecutiva debba oggi «aderire senza esitazione ai valori aurei della processualità ricavabili dal disposto dell'art. 111 Cost.»⁶⁶ è costretto infatti a ritenere opportuno «il riconoscimento normativo dell'attivabilità *ex officio* del procedimento», sul presupposto che tale riconoscimento, «per quanto possa apparire una deviazione estrema da

⁶⁰ DELLA CASA 2006a, 964. V. anche Cost. 364/1988, nonché, più di recente, Cost. 192/2007 e Cost. 129/2008.

⁶¹ MONTEVERDE 2001, 1164; in prospettiva conforme DEAN 2004, 16.

⁶² DOLCINI 1999, 30. In generale, sulle dinamiche di progressiva trasformazione del rito di sorveglianza da giudizio “sull'uomo” in giudizio (anche) “sul fatto”, cfr. DI CHIARA 2006, 223 s.

⁶³ FILIPPI-SPANGHER 2007, 323 s.; MAMBRUCCHI 2002, 277.

⁶⁴ GAITO-RANALDI 2005, 1 s.; GAITO 2006a, 982.

⁶⁵ V. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 9.1.1.

⁶⁶ MAMBRUCCHI 2002, 278.

quel canone accusatorio che nega la promiscuità dei ruoli processuali, rinviene una valida giustificazione nella specificità della giurisdizione rieducativa», essendo «tale forma d'impulso sintomatica del diretto coinvolgimento del giudicante nella verifica e nel potenziamento del progetto risocializzativo dell'individuo, in perfetta sintonia con il finalismo sanzionatorio *ex art. 27.3 Cost.*»⁶⁷.

Ciò non toglie che, nel bilanciamento tra il valore costituzionale della terzietà del giudice e le peculiari esigenze della giurisdizione rieducativa, venga talvolta attribuito a queste ultime un peso eccessivo. Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che **nega** l'esistenza di una situazione di **incompatibilità endoprocessuale** in capo al magistrato di sorveglianza che si sia pronunciato in via cautelare su una questione di competenza del tribunale di sorveglianza, e che si trovi, in seguito, a far parte del collegio giudicante chiamato a decidere su tale questione (cfr. in particolare l'art. 684.2 c.p.p. e gli artt. 51-*bis* e 51-*ter* ord. penit.)⁶⁸. In simili casi, l'opportunità di sfruttare in sede collegiale «la conoscenza diretta», riservata al magistrato di sorveglianza, «della specifica situazione personale e ambientale del detenuto»⁶⁹, non sembra in grado di compensare l'evidente *vulnus* arrecato al principio di terzietà.

La sensazione, in definitiva, è che la vocazione pan-accusatoria tradita dall'art. 111 Cost. – e prima ancora, dalla direttiva 104 della legge delega del 1987, nella parte in cui richiedeva l'adeguamento della fase esecutiva ai «principi e criteri» dettati per il processo di cognizione – abbia provocato nella giurisdizione esecutiva una **crisi di identità** non facilmente risolvibile. Sul tema torneremo tra breve, trattando delle prospettive del c.d. processo penale “bifasico”.

A proposito del ridotto tasso di conflittualità che caratterizza la giurisdizione esecutiva, è significativo notare come la Corte costituzionale – chiamata a valutare la legittimità dell'art. 666 c.p.p. nella parte in cui non prevede che le **spese** del procedimento di esecuzione di primo grado debbano essere accollate all'interessato la cui richiesta sia stata dichiarata inammissibile o rigettata dal giudice dell'esecuzione – abbia ritenuto l'eccezione infondata sul presupposto che il procedimento di cui all'art. 666 c.p.p. «ha la finalità di stabilire, nell'interesse della giustizia, il concreto contenuto dell'esecuzione, sì che ad esso rimane estranea la regola della soccombenza»⁷⁰.

5. Le garanzie di giurisdizionalità dell'esecuzione penale nell'attuale assetto normativo

Quale che sia il livello (e il tipo) di garanzie giurisdizionali che si ritiene debba essere rispettato nell'ambito del procedimento di esecuzione, non v'è dubbio che le e-

⁶⁷ MAMBRUCCHI 2002, 291; *contra*, nel senso della violazione dell'art. 111.2 Cost., FILIPPI-SPANGHER 2007, 333, 379, e SCALFATI 2004, 7 s., che auspica, *de iure condendo*, un più pregnante coinvolgimento del pubblico ministero nella fase instaurativa del procedimento di sorveglianza, da realizzare «rendendogli sempre note le vicende capaci di dar luogo all'intervento giurisdizionale, in modo che egli, avendone interesse, abbia l'onere di formulare la domanda».

⁶⁸ Per i necessari riferimenti v. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 11.1.

⁶⁹ Cass. 14.5.2002, Restelli.

⁷⁰ Cost. 45/1997.

signe di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva siano state soddisfatte solo in parte dal legislatore del 1988.

Quanto al **procedimento esecutivo** e alla **giurisdizione esecutiva in senso stretto**, la legge processuale – come meglio vedremo in seguito⁷¹ – continua ad attribuire al pubblico ministero la facoltà di compiere autonomamente (senza intervento del giudice) attività che incidono direttamente sulla libertà personale del condannato, prima fra tutte quella consistente nell’emanazione dell’ordine di esecuzione (art. 656 c.p.p.).

Di regola, tale scelta viene giustificata osservando che, nell’emanazione dell’ordine di esecuzione, **non v’è spazio per l’uso di poteri discrezionali**, dovendosi semplicemente dare esecuzione al provvedimento del giudice⁷². In realtà, come vedremo⁷³, le cose non stanno affatto così. Molto spesso l’emanazione dell’ordine di esecuzione, lungi dall’essere il frutto di un mero automatismo, presuppone, da parte del pubblico ministero, l’effettuazione di scelte «connotate da ampi margini di discrezionalità “tecnica”»⁷⁴. La circostanza che il pubblico ministero sia legittimato «finanche all’emissione del provvedimento che dispone la carcerazione della controparte (cioè, della persona condannata)» appare sotto questo profilo «inquietante»⁷⁵ – tanto più dopo che la l. 27 maggio 1998, n. 165 ha ampliato i poteri del pubblico ministero in sede di emanazione dell’ordine ex art. 656 c.p.p. – e, prima della modifica dell’art. 111 Cost., legittimava qualche dubbio di legittimità costituzionale sia in ordine al rispetto della delega, sia in ordine al rispetto delle stesse “garanzie minime di giurisdizionalità” invocate dalla dottrina più volte richiamata⁷⁶.

Le perplessità sono ovviamente aumentate dopo la modifica dell’art. 111 Cost. La riforma costituzionale, è stato detto, non ha fatto altro che acuire le asimmetrie già denunciate tra dettato costituzionale e disciplina ordinaria dell’esecuzione penale, specie nella parte in cui ha attribuito dignità costituzionale al principio del contraddittorio e della parità delle armi tra accusa e difesa⁷⁷. L’attuale disciplina normativa dell’esecuzione penale garantirebbe solo in parte tali valori: e non solo per la già denunciata supremazia assoluta che viene riconosciuta al rappresentante dell’accusa *in*

⁷¹ *Infra*, Parte Seconda, Capitolo II.

⁷² Cfr. CONSO-GREVI-NEPPI MODONA 1990a, 1377. Nello stesso senso CORBI 1992, 118, 129, che sottolinea anche le conseguenze negative dell’eventuale scelta contraria sul funzionamento «già ingolfato e rallentato» della giustizia penale.

⁷³ *Infra*, Parte Seconda, Capitolo I, § 2.

⁷⁴ Così DEAN 2004, 9, che cita, a titolo di esempio, «gli incerti criteri che presiedono al computo dei periodi di detenzione cautelare fungibili *quoad poenam*».

⁷⁵ GAITO 2006a, 927; GAITO-RANALDI 2005, 32 e *ivi*, nota 28, 36.

⁷⁶ Per superare l’obiezione, CORBI 1992, 36, è costretto ad ammettere che la garanzia dell’intervento del giudice desumibile dal sistema costituzionale è rispettata anche attraverso la «previsione di un controllo, da parte del giudice, da effettuarsi *successivamente* all’avvenuto compimento di una determinata attività da parte di un organo non appartenente alla giurisdizione» (e in effetti, «avverso l’ordine di esecuzione è sempre possibile, in forza del principio generale contenuto nell’art. 666 c.p.p., nonché di quanto è dato ricavare dall’art. 670 c.p.p., esperire il rimedio generale del procedimento di esecuzione, vale a dire provocare l’intervento e il controllo del giudice con le forme giurisdizionali, in punto di legittimità e regolarità dell’ordine stesso»: *ivi*, 129).

⁷⁷ GAITO 2006b, 956 s.; GAITO-RANALDI 2005, 1 s.

executivis, ma anche (a) per talune limitazioni – di cui parleremo a suo tempo⁷⁸ – del diritto al contraddittorio riconosciuto all'interessato nel c.d. “*procedimento di esecuzione*”, che è la procedura giurisdizionale standard da rispettare per l'emanazione delle decisioni del giudice dell'esecuzione (art. 666 c.p.p.), nonché (b) per la persistente identità tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione (art. 665.1 c.p.p.), identità che metterebbe in pericolo l'effettiva “terzietà” del giudice della fase esecutiva⁷⁹. Ne deriverebbero fondati dubbi di legittimità costituzionale, specie ogniqualvolta nella fase dell'esecuzione si discuta di questioni di merito (ad esempio, nel caso di applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato).

In ogni caso – cioè a prescindere dalla fondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale –, il permanere in capo al pubblico ministero della facoltà di emanare autonomamente provvedimenti esecutivi incidenti sulla libertà personale del condannato giustifica l'affermazione secondo la quale l'esecuzione penale **non è una fase integralmente giurisdizionale** (cioè costituita interamente da attività giurisdizionali). Tale affermazione ricorre sia in giurisprudenza⁸⁰ sia in dottrina⁸¹: «l'esistenza del giudice dell'esecuzione [...] non è sufficiente a caratterizzare come giurisdizionale la fase dell'esecuzione penale: decisivo appare il rilievo che la “azione” esecutiva promossa dal pubblico ministero può dispiegarsi senza alcun intervento del giudice»⁸².

Quanto alla **giurisdizione rieducativa**, vedremo come, in tale ambito, il sacrificio imposto ai diritti partecipativi dell'interessato sia perfino più grave di quello che si registra nel procedimento di esecuzione⁸³. Ulteriori deficit di tutela giurisdizionale si manifestano, inoltre, sul terreno degli strumenti processuali di tutela dei diritti soggettivi dei detenuti: ma sul punto torneremo diffusamente più avanti⁸⁴.

6. | Verso un processo penale bifasico?

Secondo una parte della dottrina, il legislatore del 1988 avrebbe infine tradito la legge delega del 1987 (o, comunque, non avrebbe saputo esprimerne tutte le po-

⁷⁸ *Infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Prima, § 5.1.3.

⁷⁹ Sul punto *infra*, Parte Terza, Capitolo I, § 1.1.4.

⁸⁰ Cfr. ad es. Cass. 22.1.1992, Pilone.

⁸¹ Per TRANCHINA 2006, 619, ad esempio, è «ancora valida l'opinione secondo la quale l'esecuzione penale, vista come puro *modus operandi* diretto a dare attuazione concreta al provvedimento del giudice, si colloca al di fuori delle funzioni di natura giurisdizionale, prospettandosi, semmai, come “attività complementare e pedissequa alla giurisdizione, che a questa si riannoda per ragioni logiche e pratiche” (Santoro): evitare che la pronuncia del giudice abbia a rimanere “un'insignificante affermazione di principio” (Gius. Sabatini)»; mentre «esercizio della potestà di giurisdizione si può ravvisare nella procedura attraverso la quale il giudice interviene per decidere, *super partes*, in ordine a possibili questioni riguardanti l'esecuzione del provvedimento stesso».

⁸² ORLANDI 1998, 39 nota 1.

⁸³ V. *infra*, § 7, nonché Parte Terza, Premessa, e Parte Terza, Capitolo III, Sezione Prima, § 5.1.3.

⁸⁴ *Infra*, § 7.

tenzialità) nella parte in cui non ha adottato il c.d. **sistema bifasico**, consistente nell'attribuire al giudice della cognizione il compito di giudicare sulla esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato ed a quello dell'esecuzione **il compito di determinare la pena** da applicare al condannato. L'adozione di tale sistema – tipico degli ordinamenti processuali anglosassoni – era infatti consentita, si sostiene, dalla lettera della direttiva 96, che imponeva l'adozione di «garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione *con riferimento ai provvedimenti* concernenti le pene e le misure di sicurezza» (mentre, ad esempio, la direttiva 79 della delega del 1974 parlava di «giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti *la modificazione* e la esecuzione della pena e la applicazione delle misure di sicurezza») ⁸⁵.

Il discorso va approfondito muovendo da talune considerazioni di carattere generale concernenti il **giudizio di commisurazione della pena**.

Il quadro offerto dalle dinamiche commisurative nell'attuale processo ordinario di cognizione è a dir poco desolante. Benché l'art. 187 c.p.p. alluda espressamente alla prova dei «fatti che si riferiscono [...] alla determinazione della pena», manca, di regola, nel dibattimento penale, un'attività istruttoria specificamente rivolta all'accertamento delle circostanze rilevanti ex art. 133 c.p.; e il divieto di sottoporre a perizia il carattere e la personalità del reo (art. 220.2 c.p.p.) ⁸⁶ – di gran lunga la più utile e la più significativa delle prove che potrebbero essere acquisite a tal fine – rende nei fatti illusoria la pretesa che il giudice della cognizione applichi la sanzione penale calibrandone qualità e quantità, come vorrebbe la Corte costituzionale ⁸⁷, sulle esigenze di rieducazione del colpevole ⁸⁸. Le conseguenze sono note: chiamato a svolgere un compito impossibile, il giudice si rifugia nel clemenzialismo della sistematica prossimità ai minimi edittali ⁸⁹, ricorrendo a pseudo-motivazioni stereotipe che sono la migliore testimonianza dell'«insuccesso pratico» dell'art. 133 c.p. ⁹⁰. La metamorfosi funzionale delle misure alternative alla detenzione in chiave prevalentemente *sostitutiva* della detenzione stessa ⁹¹ e il cospicuo incremento delle misure ap-

⁸⁵ CORBI 1992, 42 s. Ritiene invece DEAN 2004, 12, che la legge delega del 1987, nel riferire le garanzie di giurisdizionalità *in executivis* ai «provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza», «mostrasse di supportare irreversibilmente irrogata la sanzione con provvedimento passato in giudicato».

⁸⁶ «Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». In realtà, il divieto viene frequentemente aggirato, nella prassi, mediante il ricorso a perizie psichiatriche non strettamente necessarie (COMUCCI 2000, 108 nota 11). Esso inoltre risulta singolarmente contraddetto da altre disposizioni codicistiche che consentono, in talune limitate circostanze, di alzare il velo sulla «personalità» e sulla «moralità» del reo: si vedano, ad esempio, l'art. 194.2 c.p.p., che vieta al testimone di deporre sulla moralità dell'imputato, salvo che si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale, e l'art. 236.1 c.p.p., che ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato consente l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché delle sentenze irrevocabili.

⁸⁷ Cfr. Cost. 129/2008; Cost. 192/2007; Cost. 313/1990; Cost. 364/1988.

⁸⁸ Per questi rilievi LOZZI 2010, 258 s., che ritiene di conseguenza il divieto di perizia psicologica «in evidente contrasto con l'art. 27.3 Cost.».

⁸⁹ L'espressione è di PADOVANI 1992, 427.

⁹⁰ CONSO 1968, 707.

⁹¹ In argomento, nel dettaglio, PRESUTTI 1998, 62 s., secondo cui la descritta «rifunionalizzazione» delle misure alternative avrebbe trovato alimento nella «caduta del mito della rieducazione». Per una di-

plicate *ab initio* (al quale ha dato un ulteriore decisivo impulso la riforma dell'art. 656 c.p.p. attuata con la l. n. 165/1998) hanno inoltre generato il singolare fenomeno già descritto in precedenza: la pena detentiva irrogata dal giudice della cognizione che assume connotazioni meramente virtuali e simboliche⁹², sostituita dalla "vera" commisurazione della pena effettuata dal tribunale di sorveglianza in sede di applicazione *ab initio* delle misure alternative alla detenzione⁹³.

Quali i rimedi a una situazione così gravemente compromessa? La risposta, in apparenza, è semplice: 1) rendere effettivo il giudizio sulla personalità dell'imputato, eliminando il divieto di perizia criminologica; 2) accorpate in un solo momento commisurativo le decisioni concernenti la determinazione iniziale del trattamento sanzionatorio, omologando sul piano sistematico pene e misure alternative *ab initio*.

Il problema è che le soluzioni normative coerenti con queste premesse sono molte: e tutte, in qualche misura, insoddisfacenti.

La prima soluzione è mantenere la struttura monofasica del giudizio di cognizione abrogando la norma che vieta di effettuare accertamenti peritali sulla personalità dell'imputato e ampliando il ventaglio delle misure sanzionatorie irrogabili (cioè attribuendo direttamente al giudice della fase cognitiva il potere di adottare i provvedimenti applicativi delle misure alternative alla detenzione che oggi sono di competenza del tribunale di sorveglianza). Questa soluzione deve fare i conti, tuttavia, con i due robusti argomenti che vengono tradizionalmente messi in campo a sostegno del divieto di perizia psicologica: l'inopportunità di ricorrere a un'attività istruttoria dai costi umani e processuali molto elevati quando ancora non è stata accertata la responsabilità dell'imputato; il rischio di condizionamenti *contra reum* dell'organo giudicante, chiamato a pronunciarsi in prima battuta sul fatto e non sulla persona.

Di qui la seconda proposta, ispirata a ben noti (e talvolta mitizzati) modelli di *common law*: il **processo bifasico**. È una proposta che conosce due varianti tra loro assai differenti. La **prima variante** – per così dire, "tradizionale"⁹⁴ – prevede che il giudice della cognizione, al momento della pronuncia della sentenza di condanna, differisca a una successiva udienza la decisione sul trattamento sanzionatorio quando appaia necessario acquisire a tal fine ulteriori prove nonché approfondire l'indagine sulla personalità dell'imputato. Numerosi gli aspetti problematici di un simile modello: il potere di sdoppiamento andrebbe previsto per qualunque tipo di processo? l'udienza di commisurazione della pena dovrebbe svolgersi pubblicamente o in camera di consiglio? in che limiti andrebbe garantita l'immediatezza (ossia l'identità fisica tra il giudice dell'accertamento del fatto e il giudice della pena)? quanto tempo dovrebbe trascorrere tra le due deci-

versa lettura del fenomeno v. CORSO 2006, 3, sul presupposto che sarebbe maggiormente rieducativa «la pena da non spiare, essendo noto che il carcere è per sua natura desocializzante».

⁹² Così FERRAJOLI 1991, 406.

⁹³ La situazione assume connotati addirittura paradossali quando, come talora accade, i due organi giurisdizionali pervengono a decisioni contraddittorie sulla base dei medesimi materiali cognitivi e in applicazione dei medesimi criteri di valutazione (nel senso che «i criteri valutativi del tribunale di sorveglianza, pur nell'indeterminatezza legislativa che li contrassegna, non possono che essere, in sostanza, gli stessi su cui il giudice della cognizione ha fondato il proprio convincimento per commisurare la pena all'autore del reato», cfr. COMUCCI 2000, 126): si pensi all'affidamento in prova concesso, in assenza di elementi nuovi, al condannato cui sia stata negata, in sede di cognizione, la sospensione condizionale (COMUCCI 2000, 122; PADOVANI 1992, 428), oppure alla semilibertà applicata – da un tribunale di sorveglianza che, in fondo, «nulla sa del reato e del suo autore» (DOLCINI 2001, 835) – nel caso di pena detentiva non superiore a sei mesi che il giudice di cognizione non abbia ritenuto di trasformare in semidetenzione (COMUCCI 2000, 122).

⁹⁴ Suggesta nel 1968 da una commissione del Centro di prevenzione e difesa sociale presieduta da Giovanni Conso e sperimentata, in seguito, nel progetto preliminare di codice di procedura penale del 1978 (art. 518), tale variante è stata riproposta dal progetto di riforma del codice penale elaborato nel 2001 dalla Commissione di riforma del codice penale presieduta da Carlo Federico Grosso (art. 12 disp. coord.).

sioni? l'ordinanza che dispone il differimento della decisione sulla pena dovrebbe essere motivata e impugnabile? in tale ordinanza dovrebbero essere indicati i temi da trattare nell'udienza di commisurazione? la motivazione della sentenza sulla responsabilità dovrebbe essere depositata prima o dopo la celebrazione di tale udienza? quale forma dovrebbe assumere la decisione sulla pena? Sorvoliamo su tali aspetti e veniamo alle (principali) controindicazioni. Primo: lo sdoppiamento viene previsto in via eventuale non soltanto per la consapevolezza degli elevati costi processuali di un sistema bifasico "integrale", ma anche perché rimane diffusa la convinzione che l'accertamento del fatto – e segnatamente, dell'elemento soggettivo del reato – non possa talora prescindere dall'accertamento della personalità dell'imputato. Se così è, tuttavia, il divieto di perizia psicologica dovrebbe cadere anche nella "prima fase" del processo di cognizione⁹⁵, con le negative conseguenze già segnalate in termini di condizionamento psicologico dell'organo giudicante. Secondo: nel nostro sistema processuale – a differenza di quanto accade, ad esempio, negli Stati Uniti – il giudice d'appello rivaluta *an e quantum* della responsabilità. Ma allora, come impedire che gli esiti dell'indagine personologica condizionino il suo giudizio sulla colpevolezza dell'imputato? Terzo: l'attuale scansione dei momenti commisurativi, come è stato osservato, rappresenta, a ben vedere, un paradosso solo apparente: rivalutare la persona del condannato in chiave rieducativa *nel momento in cui l'esecuzione deve cominciare* è un'esigenza che nasce dai tempi lunghi del processo; tra la commisurazione della pena effettuata in sede cognitiva e il momento in cui la pena deve essere concretamente scontata il condannato potrebbe avere già percorso significativi tragitti sulla strada della risocializzazione⁹⁶. La soluzione proposta non risolverebbe dunque il problema: la necessità di un intervento *ab initio* del giudice dell'esecuzione penitenziaria tornerebbe inevitabilmente a farsi sentire.

Ecco allora la **seconda variante** di processo bifasico⁹⁷: effettuare il giudizio di commisurazione della pena *dopo il passaggio in giudicato* della sentenza dichiarativa della colpevolezza, trasformando il tribunale di sorveglianza in un vero e proprio "**tribunale delle pene**" cui affidare per intero le decisioni relative al trattamento sanzionatorio dell'imputato (*rectius*, del condannato). Una soluzione che: (1) eviterebbe ogni condizionamento psicologico sull'organo giudicante chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato; (2) avrebbe il merito di collocare la decisione sulla pena in prossimità della sua effettiva esecuzione; (3) potrebbe beneficiare di alcuni positive connotazioni strutturali del tribunale di sorveglianza, come la sua collocazione distrettuale, che «consentirebbe di armonizzare le pene in un ambito più ampio»⁹⁸, e la sua composizione mista (giudici togati ed esperti del settore del trattamento), che «sarebbe in grado di assicurare alle questioni trattate il necessario approccio personologico»⁹⁹.

Si tratta di una proposta in grado di esercitare un fascino pressoché irresistibile sui processualisti che abbiano a cuore le sorti del modello accusatorio. Destinato a sfociare nella sola alternativa colpevole/innocente, il processo di cognizione diventerebbe finalmente il regno dei giudizi denotativi, delle affermazioni suscettibili di verifica o falsificazione. Niente più decisioni oblique sulla "gravità" o "tenuità" del fatto, le quali, per quanto basate su riferimenti empirici, postulano immancabilmente «giudizi di valore, [...] valutazioni soggettive non verificabili né falsificabili»¹⁰⁰. Tutto il deprecabile e inevitabile sostanzialismo, decisionismo, anticognitismo che si annida nel giudizio di commisurazione della pena verrebbe finalmente estromesso dalla fase cognitiva e "scaricato" sul tribunale delle pene. Sul piano delle garanzie procedurali, l'istituzione del tribunale delle pene potrebbe infine raccordarsi con il grande ri-

⁹⁵ CONSO 1968, 708.

⁹⁶ PADOVANI 1992, 74.

⁹⁷ Ne caldeggiano la previsione normativa, tra gli altri, COMUCCI 2000, 131 s.; DEAN 2004, 16; LORUSSO 2002, 97, 290 s.; MONTEVERDE 2001, 1167.

⁹⁸ MONTEVERDE 2001, 1167.

⁹⁹ COMUCCI 2000, 131.

¹⁰⁰ FERRAJOLI 1991, 401 s.

lancio della giurisdizione esecutiva che s'impone in conseguenza della riforma dell'art. 111 Cost., sul presupposto della già ricordata tendenziale riferibilità dei canoni del "giusto processo" anche a tale giurisdizione¹⁰¹.

Proprio su questo terreno nascono, tuttavia, le prime difficoltà. Si è già detto in precedenza della refrattarietà della giurisdizione rieducativa ad assumere i medesimi connotati del processo di cognizione, per gli ostacoli che si incontrano nel tentativo di adattare il modello giurisdizionale risultante dall'art. 111 Cost. al giudizio *sulla persona* indispensabile per effettuare la quantificazione della pena nel rispetto del principio di rieducazione. Si è ricordato, inoltre, come anche coloro che ritengono applicabili alla giurisdizione esecutiva i canoni costituzionali del "giusto processo" finiscano per accontentarsi di un'equiparazione solo parziale dei due modelli, negando, ad esempio, che in sede esecutiva debba trovare necessariamente attuazione il principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova e assegnando al giudice della fase esecutiva connotati di terzietà notevolmente affievoliti. Il quadro che ne emerge è quello di un giudizio di fronte al tribunale delle pene che dovrebbe caratterizzarsi – come, del resto, la procedura statunitense di *sentencing*¹⁰² – per un «mitigato rigore formale» nell'acquisizione dei mezzi di prova¹⁰³ e per una riconfermata preponderanza di «indagini unilaterali svolte d'ufficio» e di accertamenti fondati «su relazioni preparate da ausiliari che svolgono funzioni di assistenza sociale»¹⁰⁴.

Il problema è che molte delle decisioni che devono essere adottate "in punto pena" invocano a gran voce, per la nostra sensibilità giuridica, un accertamento dei fatti condotto (tempestivamente) con le regole del contraddittorio nel momento di formazione della prova. Di qui le decisive critiche cui presta il fianco la soluzione che stiamo illustrando¹⁰⁵. L'idea del tribunale delle pene sembra nascere dalla convinzione che la scelta e il dosaggio del trattamento sanzionatorio sia *soltanto* – o *possa diventare soltanto* – un problema di valutazione della personalità del reo in chiave rieducativa. Non è così: moltissime circostanze in senso tecnico e molti dei parametri contenuti nell'art. 133 c.p. (ad esempio la natura, la specie, l'oggetto, i mezzi, il tempo, il luogo dell'azione, oppure la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa) richiedono ac-

¹⁰¹ DEAN 2004, 10 s.; LORUSSO 2002, 9 s., 54 s.

¹⁰² Sulla procedura statunitense di determinazione della pena – nel cui ambito, tra l'altro, vengono conferite alle parti «ampie *chances* [...] di dimostrare l'eventuale sussistenza di circostanze attenuanti e/o aggravanti» – cfr. LORUSSO 2002, 79.

¹⁰³ Così ancora LORUSSO 2002, 79, secondo cui la regolamentazione meno formale dei mezzi di prova «nasce dal fatto che ci troviamo di fronte a un'udienza che non concerne una decisione sull'innocenza o la colpevolezza dell'imputato».

¹⁰⁴ DAMASKA 2003, 202 nota 30. Solo per effetto di una decisione del 2005 della Corte Suprema americana – *United States v. Booker, United States v. Fanfan*, 543 U.S. 220 (2005), che ha confermato, a livello federale, precedenti decisioni di rilevanza statale del medesimo tenore come *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000) – è stato affermato il principio secondo cui non è possibile, nell'ambito della procedura di *sentencing*, applicare al condannato una pena superiore ai limiti massimi previsti per il reato ritenuto in sentenza, se non accertando i fatti che comportano l'aumento di pena *nel rispetto delle regole proprie della fase di cognizione* (contraddittorio nel momento di formazione della prova, presenza della giuria, applicazione del criterio valutativo dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»). Come si è accennato, il principio vale, tuttavia, soltanto quando le circostanze emerse nel corso del giudizio di commisurazione della pena consentano di inquadrare i fatti di cui l'imputato è responsabile all'interno di una fattispecie criminosa per la quale sono previsti limiti minimi e massimi di pena diversi (perché superiori) rispetto a quelli stabiliti per il reato del quale il condannato è stato ritenuto responsabile: non quando si tratti semplicemente di graduare la pena all'interno del *range* sanzionatorio previsto per tale reato.

¹⁰⁵ Inutile dire che ulteriori perplessità derivano dall'inevitabile aggravio dei tempi processuali che una simile riforma comporterebbe, tanto più se le decisioni del tribunale della pena dovessero venire assoggettate – come sembrerebbe, in effetti, necessario – a un riesame nel merito oltre che a un sindacato di legittimità.

certamenti e giudizi di natura oggettiva, svincolati da qualunque considerazione legata alla persona del reo e da qualunque valutazione prognostica circa la sua auspicata risocializzazione. Se questi accertamenti venissero riservati al tribunale delle pene, sarebbe inevitabile strutturare il procedimento probatorio in termini rispettosi dell'art. 111 commi 4 e 5 Cost. (cioè, del principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova). Ma avrebbe senso effettuare simili accertamenti a distanza di anni dall'istruzione dibattimentale di primo grado? Avrebbe senso riconvocare a distanza di anni i medesimi testimoni, riacquisire le medesime prove documentali, riascoltare le medesime intercettazioni non più per decidere se l'imputato è colpevole o innocente, ma per stabilire, ad esempio, se ha approfittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) o ha commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione (art. 61 n. 9 c.p.)? Avrebbe senso, più in generale, affidare al tribunale delle pene il compito di ricostruire nuovamente il fatto di reato, sia pure al fine di effettuare valutazioni diverse da quelle che competono al giudice della cognizione?

Entrambe le varianti di processo bifasico astrattamente ipotizzabili appaiono insomma, in qualche misura, non convincenti. Non è un caso, dunque, che la riforma incontri ancora forti resistenze. Una possibile soluzione intermedia – da coniugare con una meditata riscrittura dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., in grado di sciogliere definitivamente l'attuale nocivo intreccio tra "meritevolezza" e "bisogno" di pena, ossia tra parametri di valutazione del *quantum* di colpevolezza e parametri di valutazione delle esigenze di recupero sociale – potrebbe essere quella di prevedere che il giudice della cognizione debba non soltanto accertare la responsabilità dell'imputato, ma anche misurare, con le forme e le garanzie della giurisdizione cognitiva, un grado *oggettivo* di colpevolezza del reo destinato a segnare *il limite massimo invalicabile* nella commisurazione della pena ("non più di" un certo numero di mesi o anni di reclusione): senza occuparsi affatto – non avendone gli strumenti e, comunque, non avendone motivo – delle prospettive di recupero sociale del condannato. La definitiva commisurazione della pena e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio andrebbero invece effettuate in sede esecutiva, alla luce della ricostruzione del fatto operata dal giudice della cognizione ma con le forme, i contenuti, le garanzie proprie della giurisdizione rieducativa: che non sono e non devono essere, è bene ribadirlo, garanzie *minori* rispetto a quelle riconosciute all'imputato nel processo di cognizione, ma garanzie *diverse*, legate al diverso oggetto e al diverso atteggiarsi di questo particolare tipo di giurisdizione penale.

Sullo sfondo del problema rimane la già denunciata crisi di identità della fase esecutiva, l'idea che la giurisdizione esecutiva (e in particolare, la giurisdizione rieducativa) sia in grado di assorbire senza danni forme e contenuti del processo di cognizione. Le difficoltà che si incontrano nell'articolare una proposta coerente di processo bifasico nascono proprio dalla nociva commistione e sovrapposizione dei due modelli di *ius dicere*. La distinzione, nei limiti del possibile, andrebbe dunque mantenuta: la giurisdizione cognitiva dovrebbe rimanere saldamente imperniata sul *fatto* e la giurisdizione rieducativa dovrebbe rimanere saldamente imperniata sulla *persona*. In sede cognitiva, l'analisi della persona (in una certa misura imprescindibile) dovrebbe rimanere strettamente funzionale all'accertamento del fatto; in sede rieducativa ed esecutiva la conoscenza del fatto – ormai accertato con sentenza irrevocabile – dovrebbe rimanere funzionale alla valutazione delle esigenze di reinserimento sociale del reo.

7. | Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale

Si è detto in precedenza¹⁰⁶ come, nell'ambito della **giurisdizione rieducativa**, tutte le decisioni destinate a influire sulla misura e sulla qualità della pena debbano essere

¹⁰⁶ *Supra*, § 3.

adottate nel rispetto delle garanzie giurisdizionali la cui previsione normativa è imposta dalla riserva costituzionale di giurisdizione in materia di libertà personale. Nel novero di tali decisioni – a giudizio della Corte costituzionale – vanno fatti rientrare, come si ricorderà, non soltanto (a) i provvedimenti in grado di incidere in senso sospensivo, modificativo o estintivo sulla sanzione penale irrogata dal giudice della cognizione (si pensi, ad esempio, all'applicazione di una misura alternativa alla detenzione da parte del tribunale di sorveglianza), ma anche (b) le misure che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere, come i permessi, le licenze, ecc.

Simili decisioni vengono normalmente adottate (direttamente o in sede di eventuale reclamo contro un provvedimento emesso *de plano*) all'esito di una procedura denominata **procedimento di sorveglianza**¹⁰⁷, regolata dall'art. 678 c.p.p. mediante un generico rinvio alle forme del procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p. Benché la sua natura giurisdizionale sia fuori discussione, il procedimento di sorveglianza presta il fianco alle medesime critiche già rivolte in precedenza al procedimento di esecuzione circa l'assenza di un pieno riconoscimento dei diritti partecipativi del condannato¹⁰⁸, il quale, come abbiamo già accennato (e come vedremo ampiamente in seguito), acquisisce solo a determinate condizioni, stabilite dall'art. 666.4 c.p.p., il diritto di partecipare personalmente all'udienza¹⁰⁹.

Taluni provvedimenti indubbiamente destinati a condizionare "la misura e la qualità" della pena continuano tuttavia a essere adottati in difetto delle necessarie garanzie giurisdizionali¹¹⁰. La giurisprudenza di legittimità, ad esempio, continua a considerare di carattere amministrativo e quindi **insuscettibile di ricorso per cassazione** – in quanto non destinato a incidere sulla libertà personale del detenuto – il decreto emanato *de plano* dal magistrato di sorveglianza a norma dell'art. 11.2 ord. penit. sull'istanza di ricovero in luogo di cura esterno al carcere¹¹¹. Alle stesse discutibili conclusioni la Corte di cassazione perviene: (a) in ordine al provvedimento con il quale il magistrato di sorveglianza decide sull'istanza di ammissione del detenuto al lavoro esterno (*rectius*, nega o concede l'autorizzazione ad eseguire il relativo provvedimento dell'amministrazione penitenziaria: art. 21.4 ord. penit.)¹¹²; (b) in ordine al provvedimento con il quale il magistrato di sorveglianza decide sulla richiesta di concessione di una licenza al detenuto semilibero (art. 52 ord. penit.)¹¹³.

Nonostante i numerosi interventi correttivi della Corte costituzionale e del legislatore registratisi negli ultimi anni, ulteriori vuoti di tutela giurisdizionale sono ancora

¹⁰⁷ Si tratta del procedimento di sorveglianza che può definirsi tipico, per distinguerlo dai procedimenti di sorveglianza atipici o speciali (cfr. DELLA CASA 1994, 93 s.; DI CHIARA 2006, 226; MARAFIOTTI 2006, 259), sui quali v. *infra*, Parte Terza, Premessa, e Parte Terza, Capitolo II, Sezione Seconda, §§ 10.2, 10.3, 11.2.

¹⁰⁸ V. *supra*, § 5.

¹⁰⁹ Discutibile nel procedimento di esecuzione, la limitazione risulta particolarmente inopportuna nel procedimento di sorveglianza, in quanto «apertamente contrastante con la filosofia sottesa a un modello giurisdizionale polarizzato su accertamenti di carattere personologico»: così DELLA CASA 1994, 93.

¹¹⁰ V. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 11.3.

¹¹¹ Cfr. ad esempio Cass. 25.3.2009, Simoncelli, e Cass. 7.6.2002, Calzolaio; sul punto, in termini giustamente critici, FIORIO 2004, 71, e MARAFIOTTI 2006, 278.

¹¹² Cass. 3.4.2002, Montrucchio; Cass. 19.5.1995, Nistri; Cass. 23.6.1993, Falcetta.

¹¹³ Cass. 13.12.2002, Natoli.

riscontrabili sul terreno degli **strumenti processuali di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti** in espiatione di pena¹¹⁴, e, segnatamente, dei diritti «suscettibili di essere lesi per effetto: (a) del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; (b) di determinazioni amministrative prese nella gestione ordinaria della vita del carcere»¹¹⁵.

I rimedi processuali concessi dall'ordinamento ai detenuti per rivendicare il rispetto di tali diritti di fronte al magistrato di sorveglianza o al tribunale di sorveglianza erano – fino agli ultimi anni novanta, e, segnatamente, prima delle sentenze costituzionali n. 26 del 1999 e n. 341 del 2006 e prima delle leggi 23 dicembre 2002, n. 279 e 8 aprile 2004, n. 95 – di **due tipi**.

Il rimedio **generico** previsto nei confronti delle determinazioni dell'amministrazione penitenziaria era il **reclamo al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35 ord. penit.** La procedura decisionale innescata dal reclamo era totalmente priva di connotati di giurisdizionalità: oltre a decidere *de plano*, cioè in assenza di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio, il magistrato di sorveglianza emanava una decisione priva di efficacia vincolante per la stessa amministrazione penitenziaria e insuscettibile di ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza o di ricorso per cassazione.

Contro i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria impositivi del regime di **sorveglianza particolare** di cui all'art. 14-*bis* ord. penit. era previsto il **reclamo al tribunale di sorveglianza di cui all'art. 14-*ter* ord. penit.** La procedura decisionale innescata dal reclamo si collocava in posizione intermedia, quanto a rispetto degli standard di giurisdizionalità, tra la procedura di cui all'art. 35 ord. penit. (squisitamente amministrativa) e il procedimento di sorveglianza tipico di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. (squisitamente giurisdizionale), l'unico, come già sappiamo, ritenuto dalla Corte costituzionale idoneo a soddisfare la riserva costituzionale di giurisdizione in materia di provvedimenti lesivi della libertà personale. L'art. 14-*ter* prevedeva infatti che il procedimento si svolgesse «con la [sola] partecipazione del pubblico ministero e del difensore», e con la sola possibilità, per l'interessato e per l'amministrazione penitenziaria, di «presentare memorie» (art. 14-*ter*.3 ord. penit.): era inoltre controverso, come già accennato, se l'ordinanza del tribunale di sorveglianza – da adottare «in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo» (art. 14-*ter*.2 ord. penit.)¹¹⁶ – fosse ricorribile per cassazione, e, comunque, se lo fosse anche da parte dell'amministrazione penitenziaria.

La procedura di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. era applicabile anche:

(a) ai reclami al tribunale di sorveglianza contro i provvedimenti del ministro della giustizia applicativi del rigoroso regime detentivo di cui all'art. 41-*bis*.2 ord. penit. (c.d. "**carcere duro**"). In origine, per la verità, l'art. 41-*bis* nulla disponeva al riguardo: solo per effetto di ripetuti interventi della Corte costituzionale (Cost. 349/1993, Cost. 410/1993, Cost. 351/1996, Cost. 376/1997) si era dunque consolidata, anche nella giurisprudenza di legittimità¹¹⁷, l'opinione che il provvedimento del ministro fosse suscettibile di sindacato giurisdizionale di fronte alla medesima

¹¹⁴ Giova ricordare che la sanzione detentiva deve essere «intesa come privazione tassativa di diritti, [non] come assoggettamento indiscriminato del condannato alla mercé dell'amministrazione penitenziaria»: PENNISI 2002, 6. Al detenuto vanno riconosciuti non solo «i diritti inviolabili dell'uomo», ma tutte «le posizioni sostanziali che appartengono al patrimonio comune dei cittadini, non incompatibili con lo *status* detentivo», nonché il diritto di pretendere «modalità ortodosse di attuazione concreta della pretesa punitiva»: D'AGNOLO 2004a, 110.

¹¹⁵ In questi termini Cost. 26/1999.

¹¹⁶ A sua volta, il reclamo andava – e va tuttora – proposto, senza effetti sospensivi, «entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo» dell'amministrazione penitenziaria (art. 14-*ter*.1 ord. penit.).

¹¹⁷ V. per tutte Cass. 8.1.1996, Migliore.

autorità giudiziaria (il tribunale di sorveglianza) e nel rispetto delle medesime forme (la procedura di cui all'art. 14-ter ord. penit.) previste per il reclamo contro i provvedimenti applicativi del regime di sorveglianza particolare¹¹⁸ (con possibilità, per l'organo controllante, di decretare la disapplicazione totale o parziale del provvedimento ministeriale illegittimo)¹¹⁹;

(b) ai reclami al magistrato di sorveglianza contro le determinazioni dell'amministrazione penitenziaria in materia di **lavoro** e di **disciplina**, e più in generale, ai «reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti: (1) l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento dell'attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; (2) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolora». In questi casi, era l'art. 69.6 ord. penit. a prevedere che il reclamo dovesse venire indirizzato al magistrato di sorveglianza e che questi dovesse decidere «secondo la procedura di cui all'art. 14-ter». Rispetto al modello normativo di riferimento, era inoltre espressamente menzionata la possibilità di ricorrere per cassazione contro l'ordinanza conseguente al reclamo.

Su questo assetto normativo hanno profondamente inciso le già richiamate pronunce costituzionali n. 26/1999 e n. 341/2006 e le l. n. 279/2002 e n. 95/2004.

(A) Sul **reclamo al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35 ord. penit.** si è pronunciata Cost. 26/1999¹²⁰. Dopo avere ribadito, in linea con quanto già affermato in precedenza¹²¹, che, per i provvedimenti adottati in sede esecutiva destinati a «incidere concretamente sulla misura e sulla qualità della pena [...] vale pienamente la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13.2 Cost.» in materia di libertà personale (con conseguente indubbia necessità di «configurare in termini giurisdizionali» il relativo procedimento applicativo), la Corte costituzionale ha vigorosamente contestato la tesi secondo la quale i provvedimenti estranei alla suddetta categoria – e, segnatamente, i provvedimenti che, pur concernendo le sole «modalità dell'esecuzione della pena», sono destinati a incidere sui diritti soggettivi dei detenuti e degli internati – potrebbero venire adottati in assenza delle garanzie minime di giurisdizionalità (potenziale contraddittorio, stabilità della decisione, ricorribilità per cassazione del provvedimento). Questo perché «al riconoscimento della titolarità di diritti¹²² non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento giurisdizionale», pena la violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali riconoscono un potere di «azione in giudizio per la difesa dei propri diritti [che] è esso

¹¹⁸ In seguito, l'art. 4 della l. 7 gennaio 1998, n. 11 avrebbe introdotto l'art. 41.2-*bis* ord. penit. (oggi abrogato), ammettendo esplicitamente, se non altro, l'assoggettabilità a reclamo dei provvedimenti ministeriali e attribuendo la competenza a decidere sul reclamo al tribunale di sorveglianza «che ha giurisdizione sull'istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato è assegnato» (competenza destinata a «resta[re] ferma anche nel caso di trasferimento disposto per uno dei motivi indicati nell'art. 42»).

¹¹⁹ Si riteneva, per contro, che il tribunale non potesse modificare o integrare i contenuti del provvedimento ministeriale: cfr. MONTAGNA 2004, 168.

¹²⁰ Nella fattispecie, due detenuti si erano lamentati del fatto che il direttore dell'istituto penitenziario vietava loro di ricevere in carcere pubblicazioni di contenuto asseritamente osceno.

¹²¹ V. *supra*, § 3.

¹²² Di *tutti* i diritti soggettivi, ha precisato Cost. 26/1999 (in disaccordo rispetto allo stesso giudice rimettente): non soltanto di quelli «aventi fondamento costituzionale».

stesso il contenuto di un diritto, [...] da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost. e caratterizzanti lo stato democratico di diritto»¹²³.

Dichiarato illegittimo, sulla base di queste premesse, l'art. 35 ord. penit. – essendo la procedura decisionale ivi descritta «priva, all'evidenza, dei requisiti minimi necessari perché la si possa ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale» –, il giudice delle leggi ha tuttavia negato di poter colmare di sua iniziativa il vuoto normativo conseguente alla pronuncia di incostituzionalità: in particolare, ha ritenuto di non potere estendere *sic et simpliciter* all'ipotesi del reclamo generico al magistrato di sorveglianza la disciplina del reclamo di cui all'art. 69.6 ord. penit. (come aveva richiesto il giudice rimettente), non trattandosi di una soluzione normativa costituzionalmente obbligata. Ne è derivata una situazione di grave disorientamento nella prassi applicativa. In assenza di un intervento legislativo chiarificatore, vanamente invocato dalla stessa Corte costituzionale, non era dato comprendere quale procedura si dovesse applicare nel caso di reclamo al magistrato di sorveglianza contro provvedimenti lesivi di diritti soggettivi del detenuto: all'opinione secondo la quale tali reclami si sarebbero ancora dovuti decidere *de plano* si contrapponeva l'orientamento favorevole a ritenere applicabile la procedura di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.¹²⁴. Sulla questione sono infine intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno affermato che «se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela contrassegnato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza costituzionale n. 26/1999, *un simile mezzo non può che ricondursi* – per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere – *a quello di cui agli artt. 14-ter e 69 ord. penit.*»¹²⁵.

Per effetto della sentenza delle Sezioni unite penali, deve pertanto ritenersi che «i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti su diritti soggettivi sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14-ter della l. 26 luglio 1975 n. 354»¹²⁶: ordinanza – ha in seguito puntualizzato

¹²³ Sulla base di analoghe premesse, Cost. 212/1997 aveva già chiarito, del resto, che al procedimento conseguente al reclamo al magistrato di sorveglianza dovesse riconoscersi a tutti gli effetti natura di «giudizio» (con conseguente possibilità di sollevare in quella sede eccezioni di legittimità costituzionale) quando fosse «posta in discussione la concreta tutela di un diritto del detenuto, che solo in quella sede po[teva] essere fatto valere».

¹²⁴ Cfr. nei due sensi, per tutte, Cass. 16.2.2000, Camerino, e Cass. 15.5.2002, Valenti.

¹²⁵ Cass., Sez. un., 26.2.2003, Gianni. In realtà le Sezioni unite, nell'affermare tale principio, muovono da un'interpretazione dell'art. 14-ter ord. penit. – e, segnatamente, da un'interpretazione della norma di rinvio contenuta nel quarto comma di tale disposizione – che non può essere condivisa. Sul punto v. ampiamente *infra*, Parte Terza, Premessa, e Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 10.3.

¹²⁶ Così Cass. 24.10.2007, Musumeci, secondo cui tutta la giurisprudenza di legittimità successiva al 2003 si sarebbe «uniformata» al *dictum* delle Sezioni unite. In prospettiva apparentemente difforme cfr. tuttavia Cass. 3.2.2004, Zagaria, che ha definito un «logico e lineare corollario» di Cost. 26/1999 «la ricorribilità per cassazione delle ordinanze emesse dalla magistratura di sorveglianza *secondo l'ordinario modello procedimentale delineato dall'art. 666.6 c.p.p.*, cui il successivo art. 678 fa rinvio».

la Corte costituzionale – che ha efficacia vincolante nei confronti dell'amministrazione penitenziaria¹²⁷.

Sull'estensione della categoria dei **provvedimenti che incidono su diritti soggettivi**¹²⁸ **dei detenuti** occorre naturalmente intendersi. Duplice, ad avviso della dottrina, il criterio identificativo delle posizioni soggettive meritevoli di tutela: l'esistenza di un interesse differenziato rispetto a quello degli altri detenuti e la sua qualificazione normativa¹²⁹.

Non sempre in accordo con tale criterio, la Corte di cassazione ha **escluso**, ad esempio, che siano ascrivibili al *genus* i provvedimenti con i quali l'amministrazione penitenziaria rigetta «richieste di avere copia di un'istanza, di dotazione di acqua calda e docce nelle celle, di rimozione di un pannello posto sulle finestre della cella, ecc.»¹³⁰. Ugualmente estranei alla fattispecie considerata sarebbero i provvedimenti di assegnazione del detenuto a una piuttosto che a un'altra sezione dell'istituto carcerario, sindacabili nelle forme di cui all'art. 14-ter ord. penit. solo quando nel reclamo si deducano «specifiche violazioni di diritti conseguenti all'assegnazione stessa»¹³¹. Lo stesso dicasi per i provvedimenti di inserimento del detenuto in uno specifico **“circuito penitenziario”** come il circuito di alta sicurezza o il circuito E.I.V. (c.d. “elevato indice di vigilanza”, ormai soppresso). Secondo la Corte di cassazione, si tratterebbe di provvedimenti in sé e per sé non assimilabili a quelli di cui agli artt. 14-bis e 41-bis ord. penit., in quanto, «lungi dal limitare la partecipazione del detenuto ad attività trattamentali, stabiliscono soltanto l'allocazione intramuraria del detenuto in determinati istituti, con la prescrizione di determinate cautele dettate non solo in relazione alla sua particolare pericolosità ma anche per evitare atti di autolesionismo o aggressioni da parte di altri detenuti»¹³²: ciò non toglie che la tutela giurisdizionale possa venire legittimamente pretesa quando il provvedimento sia stato emanato fuori dei casi consentiti dalla legge o quando abbia contenuti eccedenti rispetto alla sua funzione tipica¹³³.

Certamente riconducibili alla categoria di cui trattasi – accanto ai provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria in materia di colloqui visivi e telefonici¹³⁴ – devono ritenersi i provvedimenti con i quali viene disposta l'effettuazione di **perquisizioni personali** nei confronti dei detenuti. Al riguardo, la Corte costituzionale – con sentenza n. 526/2000 – aveva affermato: (a) che in materia non è necessario il rispetto della doppia riserva (di legge e di giurisdizione) di cui all'art. 13 Cost., perché le perquisizioni rientrano nelle restrizioni della libertà personale già «implicate dallo stato di detenzione»¹³⁵; (b) che, tuttavia, le perquisizioni devono essere effettuate dall'amministrazione penitenziaria nel rispetto di precise regole (*in primis*, quelle risultanti dal-

¹²⁷ Cost. 266/2009.

¹²⁸ Il ricorso al giudice con le forme della giurisdizione va tuttavia garantito al detenuto, entro certi limiti, anche nel caso in cui ad essere violate siano posizioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi: sul punto Cass., Sez. un., 26.2.2003, Gianni, e RENOLDI 2009, 3782 s.

¹²⁹ RENOLDI 2009, 3781.

¹³⁰ Cass. 21.5.2008, Renna.

¹³¹ Cfr. Cass. 16.10.2008, Bidognetti; Cass. 4.10.2007, Zagaria; Cass. 6.10.1994, Pedrani; Cass. 6.10.1994, Rossi; Cass. 6.10.1994, Salvati; Cass. 29.9.1994, Di Falco; Cass. 9.6.1994, Cella; Cass. 21.10.1993, Della Zoppa.

¹³² Cass. 3.2.2004, Paziienza; in prospettiva analoga, Cass. 24.11.2009, Lo Piccolo (anche qui con la precisazione che «possono tuttavia costituire oggetto di reclamo le singole disposizioni che accompagnano o seguono [il provvedimento] o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi di diritti»); Cass. 10.6.2009, Cavallo; Cass. 6.11.2008, Musumeci; Cass. 28.11.2007, Barreca; Cass. 24.10.2007, Musumeci. In argomento v. anche Cost. 266/2009.

¹³³ RENOLDI 2009, 3784.

¹³⁴ È la fattispecie presa in esame da Cass., Sez. un., 26.2.2003, Gianni.

¹³⁵ Sul punto, criticamente, DELLA CASA 2006a, 979.

l'art. 34 ord. penit.) cui corrispondono altrettanti diritti individuali del detenuto; (c) che l'esistenza di tali situazioni soggettive protette implica «per necessità costituzionale» – in conformità all'insegnamento di Cost. 26/1999 – la previsione di una loro tutela giurisdizionale; (d) che, in assenza di indicazioni normative esplicite, «spetta ai giudici individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato». Dopo l'intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, sembrerebbe dunque doversi ritenere che anche in materia di perquisizioni personali i detenuti possano lamentare la violazione dei loro diritti individuali facendo ricorso alla procedura "semi-garantita" di cui all'art. 14-ter ord. penit.

(B) Quanto alla procedura conseguente al reclamo contro **i provvedimenti del ministro della giustizia applicativi del regime detentivo di cui all'art. 41-bis.2 ord. penit.**, la l. n. 279/2002 ha portato a compimento l'opera di progressiva giurisdizionalizzazione di tale procedura intrapresa dalla Corte costituzionale tra il 1993 e il 1997, già proseguita dal legislatore (molto timidamente) con la l. 7 gennaio 1998, n. 11¹³⁶. Le garanzie giurisdizionali introdotte dalla novella legislativa del 2002 sono perfino superiori a quelle ritenute a suo tempo indispensabili dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza di legittimità: il modello di riferimento è divenuto infatti la procedura di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. anziché la procedura di cui all'art. 14-ter ord. penit. (l'art. 41-bis.2-sexies ord. penit. stabilisce che il tribunale di sorveglianza «entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo [...] decide in camera di consiglio, *nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p.*»). Da questo punto di vista, dunque, «il vaglio giurisdizionale per i soggetti sottoposti al regime differenziato appare maggiormente garantito rispetto al passato»¹³⁷, benché permangano notevoli perplessità – dopo le modifiche apportate all'art. 41-bis ord. penit. dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 – sui *contenuti* di tale vaglio, essendo stata sottratta al tribunale di sorveglianza la facoltà di sindacare la congruità delle misure concretamente adottate rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza perseguite con il provvedimento ministeriale¹³⁸.

(C) Sui reclami **in materia di lavoro** indirizzati al magistrato di sorveglianza si è pronunciata, infine, Cost. 341/2006, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 69.6 lett. a ord. penit. attribuendo al giudice civile la competenza a decidere delle controversie nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti.

In sintesi, la Corte costituzionale ha affermato: (a) che la procedura di cui all'art. 14-ter ord. penit. «non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo»; né garantisce «adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza»; (b) che tale indubbia compressione delle garan-

¹³⁶ V. *supra*, nota 118.

¹³⁷ MONTAGNA 2004, 174.

¹³⁸ V. *infra*, Parte Terza, Capitolo Terzo, Sezione Seconda, § 10.4.

zie giurisdizionali essenziali riconosciute a tutti i cittadini suonava irragionevole «per l'assenza di esigenze specifiche di limitazione legate alla corretta esecuzione della pena», posto che «eventuali problemi organizzativi derivanti da una maggiore garanzia del contraddittorio e della difesa in giudizio possono essere affrontati e risolti in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», e atteso che «il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, può ben prevedere forme di svolgimento dei giudizi civili nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti tali da essere compatibili con le esigenze dell'organizzazione penitenziaria e mantenere integro, nel contempo, il nucleo essenziale delle garanzie giurisdizionali delle parti».

(D) Uno specifico **reclamo contro i provvedimenti limitativi della libertà e segretezza della corrispondenza** epistolare e telegrafica, nonché del diritto di ricevere in carcere pubblicazioni a stampa, è stato infine previsto dalla l. n. 95/2004, che ha introdotto l'art. 18-ter ord. penit. Il reclamo va proposto «secondo la procedura prevista dall'art. 14-ter»: ma «per quanto non diversamente disposto dal presente comma si applicano le disposizioni dell'art. 666 c.p.p.» (art. 18-ter.6 ord. penit.).

Se il provvedimento è emesso dal magistrato di sorveglianza (il che accade quando destinatario della misura è un condannato, un internato oppure un imputato in stato di custodia cautelare dopo la pronuncia della sentenza di primo grado), il reclamo va proposto al tribunale di sorveglianza; se il provvedimento è emesso dal giudice della cognizione (cioè dal giudice indicato nell'art. 18-ter.3 lett. b ord. penit.), il reclamo va proposto al tribunale nel cui circondario ha sede tale giudice (art. 18-ter.6 ord. penit.).

Per un **quadro riassuntivo** delle procedure decisionali ospitate dalla fase processuale che segue il passaggio in giudicato della sentenza penale v. *infra*, Parte Terza, Premessa.

8. | La procedura penale dell'esecuzione e le sue fonti

Il **diritto dell'esecuzione penale** è una disciplina che abbraccia istituti di diritto sostanziale (penale e penitenziario)¹³⁹ e istituti di diritto processuale. La sua ramificazione processualistica è il **diritto processuale penale dell'esecuzione** (o **procedura penale dell'esecuzione**), il cui oggetto è costituito: (a) dalla disciplina del giudicato penale (modalità di formazione, contenuti ed effetti); (b) dalla disciplina delle attività processuali e giurisdizionali finalizzate o collegate all'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza.

Le principali **fonti normative** del diritto processuale penale dell'esecuzione sono, sul piano interno: (a) le norme costituzionali in materia di esercizio delle funzioni giu-

¹³⁹ Basti pensare alle norme contenute nel capo II del titolo V del libro I del codice penale, significativamente rubricato *Della esecuzione della pena*: oppure alle disposizioni della legge penitenziaria che individuano presupposti e contenuti delle misure alternative alla detenzione. Sostiene in verità, assai discutibilmente, che «le norme che disciplinano i benefici penitenziari non hanno natura sostanziale, bensì processuale» (con la conseguenza che rientrerebbe «nella discrezionalità del legislatore la modulazione dell'eventuale retroattività delle stesse») Cass. 27.11.2008, Critelli.

risdizionali penali e di tutela giurisdizionale dei diritti (artt. 3, 13, 24, 25, 27, 101, 104, 111, 113 Cost.); (b) le norme del libro X del codice di procedura penale (*Esecuzione*) e le norme dedicate alle procedure di esecuzione nell'ambito della disciplina del procedimento minorile (artt. 21-24 R.d.l. 20 luglio 1934, n. 404; artt. 30, 40-41 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), del procedimento militare (artt. 261, 402-414 c.p.m.p.), del procedimento davanti al giudice di pace (artt. 40-44 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) e del procedimento a carico degli enti (artt. 74-79 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231); (c) le norme processuali della legge di ordinamento penitenziario n. 354/1975 (e successive integrazioni e modificazioni) e del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà personale* approvato con d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230; (d) altre disposizioni normative di rango ordinario contenute nel t.u. in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), nel t.u. in materia di casellario giudiziale (d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313), nella l. 1 agosto 2003, n. 207 in tema di sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nella l. 26 novembre 2010, n. 199, in tema di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi, nel t.u. in materia di stupefacenti (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), nel t.u. in materia di immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

In ambito **sovranazionale**, disposizioni particolarmente rilevanti per la procedura penale dell'esecuzione si ritrovano: (a) negli artt. 3, 5, 8, 9, 10 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, approvata a New York il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite; (b) negli artt. 3, 4, 5, 6, 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (nonché nell'art. 4 del Settimo protocollo alla Convenzione); (c) negli artt. 10 e 14 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881; (d) negli artt. 47-50 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000; (e) negli artt. 54-58 della *Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen* (adottata a Schengen il 19 giugno 1990, resa esecutiva con l. 30 settembre 1993, n. 388 ed entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1997).

In ambito UE, una specifica menzione va riservata anche alla Decisione quadro 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, nonché alla Decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione. A tale Decisione quadro è stata data attuazione nel nostro ordinamento con il **d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161**, destinato a trovare concretamente applicazione a partire dal 5 dicembre 2011 (art. 25 d.lgs. n. 161/2010).