

## PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

Numerose e rilevanti le novità intervenute in materia di giudicato ed esecuzione penale nei due anni trascorsi dalla prima edizione del presente manuale. Il processo di europeizzazione del diritto interno ha vissuto su questo terreno alcuni dei suoi momenti più significativi: l'art. 630 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non consentiva la riapertura del processo dichiarato non equo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Cost. 113/2011); i confini del giudicato *in executivis* sono stati ridisegnati dalla Corte di cassazione in ossequio alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo (Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Bescchi); il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 ha dato attuazione alla *Decisione quadro 2008/909/GAI* in materia di reciproco riconoscimento delle sentenze penali ai fini dell'esecuzione delle pene detentive nell'Unione europea. Sul piano interno, la perdurante tensione tra l'esigenza di proteggere la sicurezza dei cittadini e la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali dei soggetti in espiazione di pena ha generato prodotti normativi contraddittori, in un succedersi di pulsioni repressive e aperture clemenzialistiche che non ha certo giovato alla coerenza complessiva del sistema (il riferimento è agli interventi in materia di sicurezza pubblica del 2009 e alla l. 26 novembre 2010, n. 199, in tema di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi). Importanti prese di posizione della Corte costituzionale si sono registrate, infine, in tema di sospensione dell'ordine di esecuzione (Cost. 249/2010) e in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti (Cost. 266/2009, Cost. 190/2010).

I tempi erano dunque maturi per una complessiva rivisitazione del testo. Alla realizzazione del volume ha offerto un generoso contributo Nicola Santi; suggerimenti preziosi sono stati forniti da Silvia Allegrezza, Carlo Fiorio, Serena Quattrocolo e Laura Scomparin. A tutti un caloroso ringraziamento da parte degli Autori.

Bologna, aprile 2011

F.C., D.V.

## PREMESSA

Le disposizioni di legge processuale che regolano gli effetti delle sentenze penali irrevocabili e descrivono le modalità di esercizio della giurisdizione penale *in executivis* compongono un insieme normativo la cui autonomia concettuale e la cui dignità di sistema stentano ancora ad affermarsi in sede di elaborazione scientifica e di articolazione della didattica universitaria. Alimentata da molteplici fonti legislative, la procedura penale dell'esecuzione continua a soffrire dei limiti prospettici derivanti dal frequente concentrarsi dell'analisi su un singolo *corpus* di norme (il libro decimo del codice di procedura penale, la legge di ordinamento penitenziario, il testo unico in materia di stupefacenti, il testo unico sull'immigrazione e così via), nonché a scontare la sua appartenenza all'ampio sistema prescrittivo che forma oggetto del diritto dell'esecuzione penale – a sua volta attraversato dal fitto reticolo di norme ascrivibili, più specificamente, al settore del diritto penitenziario –, nel cui ambito finisce per occupare posizioni di fisiologico subordine rispetto allo studio degli istituti di diritto sostanziale che le sono contigui.

Descrivere la disciplina processuale penale dell'esecuzione sottraendosi a questi condizionamenti metodologici – e contribuire, così, alla sua definitiva trasformazione in autonoma materia di studio e di insegnamento – è lo scopo principale del presente volume. Di qui taluni connotati strutturali dell'esposizione: il suo estendersi a tutte le procedure giurisdizionali che si inscrivono nella fase di attuazione delle sentenze penali, senza distinzioni legate alla fonte normativa; il suo tendenziale convergere sull'architettura dei modelli rituali anche nella sezione dedicata a soggetti e funzioni della giurisdizione *post rem iudicatam*; l'attenzione solo marginale riservata ai presupposti sostanziali (e quindi, almeno in parte, agli stessi contenuti) delle decisioni del giudice dell'esecuzione e dei giudici di sorveglianza.

Bologna, gennaio 2009

F.C., D.V.

\* \* \*

*Le origini di questa Procedura penale dell'esecuzione risalgono al corso di Diritto dell'esecuzione penale che ho tenuto nell'anno accademico 1997-1998 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte orientale. Registrate e trascritte, le mie*

*lezioni si convertirono in artigianali dispense da consegnare agli studenti come materiale didattico integrativo. Così strutturate hanno circolato, negli anni a seguire, tra gli allievi dei miei corsi di Cagliari e Bologna e tra molti colleghi ed amici: arricchite nei contenuti, sottoposte a revisione formale e munite di apparato critico, assumono oggi, con il decisivo contributo di Daniele Vicoli, dignità di manuale.*

*Troppo ingenti e numerosi i debiti di riconoscenza per poterne azzardare un elenco. Desidero tuttavia ringraziare gli studenti che hanno condiviso con me questa decennale esperienza didattica, concedendomi fiducia e attenzione oltre ogni aspettativa. A loro, per parte mia, è dedicato il libro.*

Torino, gennaio 2009

F.C.

*Francesco Caprioli* ha scritto l'Introduzione; i Capitoli I, II e III della Parte Prima; i Capitoli I e II e i paragrafi 4 e 6 del Capitolo III della Parte Seconda; la Premessa, il Capitolo I, la Sezione Seconda del Capitolo II e il Capitolo III della Parte Terza del Volume.

*Daniele Vicoli* ha scritto il Capitolo IV della Parte Prima; i paragrafi 1, 2, 3 e 5 del Capitolo III della Parte Seconda; la Sezione Prima del Capitolo II della Parte Terza del Volume.



# 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*)<sup>1</sup>. 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'esterno<sup>2</sup>: 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**<sup>3</sup>.

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 giudiziaria<sup>4</sup>; le sentenze e i decreti

---

<sup>1</sup> CORBI 1992, 5 s.; DEAN 2010, 851.

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

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

<sup>4</sup> 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 irrevocabili<sup>5</sup>. 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»<sup>6</sup>.

L'**esecuzione** dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale<sup>7</sup> 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 proprio<sup>8</sup>. 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**<sup>9</sup>.

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».

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> CORBI 1992, 7.

<sup>7</sup> 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*»).

<sup>8</sup> 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».

<sup>9</sup> CORBI 1992, 26 s.

compimento obbligatorio e officioso, da parte del pubblico ministero, di un insieme di attività processuali funzionali all'attuazione del comando<sup>10</sup>.

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 (susseguente a quella cognitiva) ovvero come una **fase incidentale** del medesimo. Essendo i provvedimenti di contenuto sanzionatorio penale, di regola, provvedimenti terminativi della fase di cognizione<sup>11</sup>, 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 cognitiva<sup>12</sup>. 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 premesse<sup>13</sup>.

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

<sup>10</sup> CORBI 1992, 9.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> CORBI 1992, 19 s.

<sup>13</sup> 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 vedremo<sup>14</sup>, 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.)<sup>15</sup> –, 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)<sup>16</sup>, nell'art. 625-bis c.p.p. (ricorso straordinario per errore di fatto)<sup>17</sup>, nell'art. 669 c.p.p. (risoluzione del conflitto pratico di giudicati)<sup>18</sup> e nell'art. 673 c.p.p. (revoca della sentenza per abolizione del reato)<sup>19</sup>.

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»<sup>20</sup>.

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.<sup>21</sup> –, 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.<sup>22</sup> –, 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 eseguibili<sup>23</sup>, oppure a considerare appli-

<sup>14</sup> *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 3.

<sup>15</sup> *Infra*, Parte Prima, Cap. III, § 4.

<sup>16</sup> *Infra*, Parte Prima, Cap. III, § 3.

<sup>17</sup> *Infra*, Parte Prima, Cap. II, § 1.3.

<sup>18</sup> *Infra*, Parte Prima, Cap. II, § 7.3.

<sup>19</sup> *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 4.

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

<sup>21</sup> *Infra*, Parte Terza, Cap. II, Sezione Prima, § 4.

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

<sup>23</sup> 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 giudicato<sup>24</sup>. 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»<sup>25</sup>.

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. 354<sup>26</sup> 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

---

<sup>24</sup> 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).

<sup>25</sup> 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».

<sup>26</sup> 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.)<sup>27</sup>.

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)»<sup>28</sup>. 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

<sup>27</sup> 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.).

<sup>28</sup> 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 esecutivo<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

### 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

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

<sup>30</sup> 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»<sup>31</sup> –, sia delle sue connotazioni *strutturali* tipicamente procedurali, 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 amministrativa<sup>32</sup>. 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»<sup>33</sup>. 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»<sup>34</sup> 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 persona<sup>35</sup>. 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 rilevare<sup>36</sup>, 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 costituzionalità<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Per tutti LEONE 1971, 646.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> DEAN 2004, 3.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> CORBI 1992, 37.

<sup>37</sup> 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. 274/1990<sup>38</sup>.

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.<sup>39</sup>. 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»<sup>40</sup>. Nell'inaugurare «la stagione dell'esecuzione “flessibile”»<sup>41</sup> – 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.

<sup>38</sup> Cfr. DELLA CASA 2006b, 878, e GAITO 2006a, 972.

<sup>39</sup> DELLA CASA 2006a, 963; ma v. già GREVI 1977, 277.

<sup>40</sup> DEAN 2004, 5.

<sup>41</sup> 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 cassazione<sup>42</sup>.

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 costituzionale<sup>43</sup> – 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 giurisdizionale<sup>44</sup> – 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 cognizione<sup>45</sup>.

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 sorveglianza<sup>46</sup> – 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»<sup>47</sup>; 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»<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> V. *infra*, Parte Terza, Capitolo III, Sezione Seconda, § 11.2.

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

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> DI GENNARO-BONOMO-BREDA 1976, 301 s.

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

<sup>48</sup> Così, ad esempio, Cass. 21.2.1996, Resica.