

Capitolo 1

Il giudicato penale tra miti e modernità

di Elvira Nadia La Rocca

SOMMARIO: 1. Tra certezza e giustizia... – 2. Le dinamiche della fase esecutiva animate dalla Costituzione. – 3. Evoluzioni e limiti della giurisdizione esecutiva. – 4. Il volto attuale dell'esecuzione penale.

1. *Tra certezza e giustizia...*

Il travaglio evolutivo del giudicato penale¹, il suo modo di essere e la sua immagine, che da sempre si rinnova, poggiano sui due concetti di “certezza” e “giustizia” che talvolta convivono, altre volte si contrappongono quasi che l'uno debba escludere necessariamente l'altro. E la contrapposizione tra “certezza” e “giustizia” riferita alla cosa giudicata, in fondo, traluce l'evoluzione che ha subito il processo penale italiano e l'ideale di giustezza della decisione, quale preludio indispensabile alla sua esecuzione².

L'idea di certezza³, che presuppone quella di immutabilità della cosa giudicata, esprime quella vocazione fortemente conservativa e rispondente alla duplice funzione di offrire al singolo il beneficio della sicurezza dei diritti e garantire la pace sociale, nonché la stabilità delle relazioni giuridiche⁴. Tali due «funzioni tipiche si intrecciano e si sovrappongono, e tuttavia acquistano un diverso rilievo a seconda della natura civile

¹ Su cui v. più di recente, per una ricostruzione ragionata, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

² V. sul punto H. BELLUTA, *La rimozione del giudicato*, in M. CERESA-GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 194.

³ V. sul concetto di certezza del giudicato Così A. CRISTIANI, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 8 ss.; più di recente F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 21 ss.

⁴ G. DE LUCA, voce *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1.

o penale del processo in cui operano: mentre si può affermare che il giudicato civile è principalmente preordinato a garantire la stabilità del commercio giuridico e quindi dei rapporti giuridici, che ne costituiscono la trama, viceversa il giudicato penale tende ad assicurare la sicurezza dei diritti che prevale sull'esigenza della pace sociale»⁵. L'interesse dello Stato alla sentenza giusta è coltivato sia nel processo civile che in quello penale, «ma nel processo penale assume una sostanza specifica e più vincolante»⁶, superando la barriera della relazione tra due soggetti. Nel rito penale l'accertamento non tende a risolvere una aperta situazione di conflitto, intesa come causa contingente della lite, ma mira a creare l'unico ed insostituibile presupposto del comando punitivo⁷.

Si tratta di un aspetto da tenere in conto. Non può trascurarsi che il giudicato penale e, con esso, la fine della vicenda che riguarda offeso e imputato, oltre che, indubbiamente, società e imputato, plachi l'ansia di giustizia dei soggetti del reato e, più in generale, dei consociati⁸. Simile prospettiva, traduce il punto di incontro tra diritto penale sostanziale e processuale e la vecchia concezione retributiva e di prevenzione generale della pena⁹, che si metteva in atto, un tempo, mediante la decisione finale, manifestando l'efficacia politica della legge penale¹⁰.

Da sempre il fascino del principio di immutabilità del giudicato ha avuto agio nel rigore tipico dei sistemi processuali volta a volta presi in considerazione e, pertanto, nelle coordinate politiche, culturali e ideologiche che ne costituivano il fondamento nelle diverse epoche storiche. Cosicché, lo sbarramento alla possibile mutabilità della cosa giudicata ha trovato spiegazione proprio nella determinazione del suo fondamento politico, e non logico¹¹. La valorizzazione della certezza giuridica dinanzi al caso concreto quale indispensabile condizione per una organizzazione armonica della società, ha consentito per lungo tempo di innescare la preclusione a far prevalere l'altra esigenza, quella della giustizia della decisione, quanto più se riferibile ad un interesse individuale.

⁵ G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., p. 1 ss.

⁶ V. G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. proc. pen.*, 1956, p. 173.

⁷ Così A. CRISTIANI, *La revisione del giudicato*, cit., pp. 11-12.

⁸ ART. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, p. 239, che osservava come «il giudicato mira a porre un termine alle contese ed alle vendette private ed a tutelare il diritto tra i consociati».

⁹ Così F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3.

¹⁰ V. in tal senso già G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 181.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1933, II, p. 88.

Il “mito” del giudicato è stato invero espressione di regimi reazionari o autoritari¹², meno adatti ad intendere il prevalente valore di esigenze di giustizia a scapito delle ragioni di prestigio dello Stato e, con esse, della infallibilità dell'accertamento giurisdizionale. Come intuitivamente sottolineato, invero, «nel conflitto tra giustizia sostanziale e prestigio dello Stato o sicurezza giuridica, solo un regime a pieno respiro democratico» avrebbe potuto «negare prevalenza alla seconda delle opposte esigenze e risolvere, invece, il problema su un piano di equilibrata conciliazione»¹³.

La storia insegna come nelle codificazioni previgenti all'entrata in vigore della Carta repubblicana, il giudicato abbia costituito strumento di affermazione del potere statale e dell'incontrovertibilità della verità materiale con esso affermata. Nel codice del 1930, infatti, la possibilità di rivisitare le statuizioni irrevocabili costituiva eventualità rara e comunque da scongiurare fortemente, costituendo emblema della fallibilità del sistema. L'unico rimedio previsto e in grado di interferire sulla *res iudicata* era la revisione che, nella versione originaria del codice Rocco, trovava applicazione in ipotesi eccezionali e decisamente circoscritte¹⁴. Nessun intervento giurisdizionale in grado di manipolare la decisione definitiva era, invece, contemplato dal vecchio codice e quella esecutiva era concepita alla stregua di fase amena rispetto a quella di cognizione, volta alla mera attuazione del comando contenuto nella sentenza da eseguire.

Ad un certo punto ci si è domandati se la rigorosa immutabilità del giudicato meritasse di essere conservata o se, invece, i tempi non fossero maturi per una radicale rielaborazione dell'istituto¹⁵ più confacente alla democraticità conquistata con l'entrata in vigore della Costituzione. A farsi sempre più pressante era il problema della possibile sentenza ingiusta «nella cornice di una tragica inefficienza degli strumenti della giustizia umana»¹⁶; l'innocente ingiustamente condannato sarebbe stato sacrificato e sacrificabile alla certezza giuridica, pur dinnanzi ad elementi sopravvenuti atti da soli, o congiuntamente ai precedenti, a dimostrare l'ingiustizia della decisione irrevocabile. Vi è stato un momento in cui si è presa consapevolezza, insomma, del bisogno di interventi capaci di scongiurare il pericolo che al rigore delle forme fossero sacrificate, sulla

¹² Sul punto v. G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 231 ss.; R. FONTI, *Il giudicato penale*, in M. CERESA-GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, cit., p. 24.

¹³ G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 195.

¹⁴ R. FONTI, *Il giudicato penale*, cit., p. 24.

¹⁵ V. G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 168.

¹⁶ G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 181.

scorta di una specie di cinica legge di irreversibilità¹⁷, le esigenze della verità e della giustizia reale¹⁸.

Occorreva pertanto tener conto delle pretese di equilibri diversi che avrebbero indotto, ad un certo punto, ad aprire le porte ad un giudicato più vitale ed efficiente nell'ordinamento, in comparazione con la primazia assegnata dalla Costituzione, tra tutti i diritti inviolabili, a quelli di libertà, da difendere non solo durante il corso del processo penale di cognizione, ma in qualsiasi momento si manifestasse la pretesa di rimediare ad iniquità e scorrettezze contenute nella decisione definitiva.

2. Le dinamiche della fase esecutiva animate dalla Costituzione

La Costituzione – è risaputo – impone a chi crea, applica e interpreta la legge di ricavare l'impianto assiologico di riferimento da essa, per utilizzarlo come canone ermeneutico del diritto positivo. E proprio l'entrata in vigore della Carta repubblicana ha mutato le direttrici di fondo dell'ordinamento penale, tramite l'iniziale ribaltamento della concezione retributiva e di prevenzione generale della pena.

A ben guardare, la funzione della pena e il valore assegnato al giudicato costituiscono «le più importanti variabili di fondo da cui dipende natura, struttura e funzione della fase *post rem iudicatam*»¹⁹. Valorizzando la portata dell'art. 27, comma 3, Cost. e il fine assegnato alla sanzione penale, già nel 1974 la Corte costituzionale²⁰, opponendosi agli ideali retributivi ereditati dal regime fascista, aveva affermato l'obbligo del legislatore non solo di tenere conto delle finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre mezzi idonei a realizzarle e forme atte a garantirle. Ciò avrebbe imposto un controllo costante in sede esecutiva al fine di monitorare la rispondenza della sanzione allo scopo, con la con-

¹⁷ V. A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso la decisione giusta*, in A. GAITO (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Utet, Torino, 1998, p. 1 ss.

¹⁸ A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, IV ed., Jovene, Napoli, 1966, p. 328.

¹⁹ Cfr. G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 231. V. successivamente F. CARIOLI, *Introduzione*, cit., p. 4. In generale sul tema v. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 18 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 2 ss.; A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 3 ss.; B. LAVARINI, *La formazione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1175. Più di recente F. CALLARI, *La firmitas del giudicato. Essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 173; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 20 ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2 ss.

²⁰ Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204.

seguenza della sua modificabilità ogni qualvolta le traiettorie esecutive mostrassero la fuoriuscita dal percorso di effettiva rieducazione del condannato.

Sempre dall'elaborazione della Consulta era scaturita l'idea, già diffusa in dottrina, per cui l'esecuzione penale, coinvolgendo i diritti e le libertà della persona, non potesse prescindere dall'intervento del giudice e dalle forme della giurisdizione²¹.

Cosicché, proprio l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 ha costituito un'occasione feconda per innovare l'ormai obsoleto regime di inamovibilità delle decisioni penali definitive, nel tentativo di trovare il punto di sintesi dell'evoluzione ideologica che, dal secondo dopoguerra in poi, aveva coinvolto l'intero settore delle scienze criminali²² e temperare, quindi, il bisogno di certezza del diritto con le esigenze di giustizia, che possono sopraggiungere alla irrevocabilità della sentenza.

La disciplina dell'esecuzione penale voluta dal legislatore del 1988 è oggi caratterizzata, invero, oltre che da una collocazione topografica appropriata all'interno del codice, proprio da momenti di presidio dell'inamovibilità che si conciliano con le istanze di riapertura del giudicato anche in vista delle prerogative *quoad poenam* del giudice. Il codice tutela la stabilità delle decisioni giudiziarie, con essa identificandosi la funzione negativa e il carattere vincolante e obbligatorio che esprime l'autorità del giudicato, nella misura in cui preclude alla giurisdizione l'illimitata pluralità di decisioni nei confronti della stessa persona o la pluralità di processi *de eadem re* (artt. 648 e 649 c.p.p.)²³. L'autorità del giudicato si esprime attraverso l'esecutività (art. 650 c.p.p.), che ne costituisce principale attributo, ma anche tramite i suoi effetti extra penali, in un quadro che ne disciplina l'efficacia e la funzione positiva in altre sedi giurisdizionali (artt. 651-654 c.p.p.)²⁴. Il profilo dell'efficacia del giudicato penale in altri ambiti è collocato in una cornice normativa (artt. 651-654 c.p.p.) da cui emerge un quadro complesso ed articolato, che lascia emergere il *favor separationis*, diretto ad incoraggiare, ad esempio, l'esercizio dell'azione civile di danno nella sua sede naturale, ma anche a presidiare l'autonomia di giudizio nelle diverse sedi giurisdizionali, onde evitare meccanismi sospensivi tesi a privilegiare l'accertamento penale²⁵.

²¹ Corte cost. 23 aprile 1974, n. 110; Corte cost. 4 luglio 1974, cit., e Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114.

²² G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 231.

²³ Sul giudicato e il *ne bis in idem* come concetti che coincidono essendo il *ne bis in idem* l'effetto primario del giudicato, v. G. LOZZI, voce *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 912.

²⁴ V. sul punto D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 7.

²⁵ Il quadro normativo degli effetti extrapenali è stato innovato dal d.lgs. 16 mar-

Appena si abbandona il presidio della certezza, tuttavia, la fase dell'esecuzione si mostra aperta ad un doppio dinamismo, finalizzato cioè ad incidere sulla portata del giudicato e sul piano sanzionatorio ma, altresì, attestante un immanente "controllo di qualità"²⁶ del provvedimento definitivo, comunque suscettibile di essere adeguato a valori di giustizia sostanziale.

Continuando ad osservare gli assetti codicistici, infatti, ci si avvede di come sia devoluta al giudice dell'esecuzione tutta una serie di questioni che riguardano, oltre alla esecuzione del comando contenuto nella decisione irrevocabile (artt. 667, 668, 670 c.p.p.), anche la pena da eseguire in concreto (artt. 669, 671, 672, 673, 674, 676), stante la possibilità di incidere sulla portata e sul contenuto della sanzione irrogata in sede di cognizione. Si tratta di attività rimesse alla giurisdizione esecutiva che opera tramite il procedimento di esecuzione, senza sottacere che all'interno della fase sono ricomprese procedure successive, di competenza della c.d. giurisdizione rieducativa²⁷. In aggiunta, poi, oltre alla revisione della sentenza di condanna, sono numerosi i casi in cui il legislatore autorizza la caducazione del giudicato (art. 175 c.p.p. e oggi artt. 625-*bis*, 628-*bis*, 629-*bis* c.p.p.), con nuove e prolifiche prospettive volte a riparare l'errore giudiziario sotto l'egida del *favor rei*.

Ed allora, sebbene il vincolo del giudicato immutabile sia ancora da presidiare per tutelare la certezza del diritto, l'assunto vale fin tanto che non sopravvengano i presupposti che possono concorrere alla realizzazione delle fattispecie modificative, secondo una logica diversa da quella che animava i vecchi assetti, ed in vista del conseguimento di risultati che, conformandosi ad esigenze di giustizia, prevalgono sull'efficacia formale del provvedimento esecutivo.

Altrettanto significativo appare il confronto tra la fase esecutiva e l'ac-

zo 2015, n. 28, che ha introdotto l'art. 651-*bis* c.p.p., relativo alla sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto. Presupponendo quest'ultima l'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato, si è inteso attribuire alla medesima, emessa in esito al dibattimento o al giudizio abbreviato, al pari di quanto già previsto nell'art. 651 c.p.p. per la sentenza di condanna, efficacia nel giudizio civile o amministrativo di danno.

²⁶ Così acutamente D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit. p. 4.

²⁷ Così F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 6. Nell'ambito della giurisdizione rieducativa, esercitata dalla magistratura di sorveglianza, vengono adottate tipologie di provvedimenti estintivi, modificativi o sostitutivi del comando sanzionatorio che discendono da un giudizio di funzionalità della pena in chiave rieducativa o dell'accertamento della pericolosità del soggetto, o provvedimenti che incidono sulla qualità della pena inflitta (permessi, licenze, misure alternative ecc.) secondo lo statuto predisposto dalla legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni e integrazioni).

cusatorietà voluta dal legislatore del 1988, data da precise linee di fondo del sistema processuale, tra le quali spicca la parità tra le parti con la quale sin da subito si sono poste in contrasto le massicce prerogative attribuite al pubblico ministero in un momento che avrebbe dovuto essere di prerogativa giurisdizionale²⁸. Il pubblico ministero, invero, in solitudine, forma il provvedimento esecutivo e di cumulo con larghi margini decisionali nella unificazione di pene concorrenti, sebbene poi il contraddittorio con il condannato possa essere recuperato su attivazione di quest'ultimo stante la provvisorietà del provvedimento iniziale²⁹.

È proprio tale ultimo aspetto che, in fondo, ha consentito e consente ancora oggi di tollerare i punti di frizione rispetto alle scelte di sistema che, in teoria, avrebbero dovuto escludere il ruolo dominante dell'organo d'accusa³⁰.

Ma non solo. Il legislatore si è impegnato per l'introduzione di un modello di accertamento incidentale sofisticato, capace di esprimere una giurisdizionalità per così dire "qualificata"; un modello, cioè, che recasse inequivoche le impronte accusatorie tracciate dall'intera riforma del sistema processuale³¹: il procedimento di esecuzione, disciplinato dall'art. 666 c.p.p., concretizza il paradigma giurisdizionale dell'attività *post rem iudicatam*, predominante anche nei casi in cui sono espressamente contemplati schemi procedurali alternativi. Anche la procedura *de plano* (art. 667, comma 4, c.p.p.) è destinata, invero, a ripiegare sul modulo di cui all'art. 666 c.p.p. qualora sia presentata opposizione, per un ripristino delle garanzie temporaneamente amputate nel modulo semplificato.

Ricalcata sul paradigma del procedimento camerale "tipo" (art. 127 c.p.p.), la fisionomia strutturale del procedimento di esecuzione se ne distingue per una maggiore valorizzazione del contraddittorio tra le parti³² e per una più puntuale regolamentazione del momento probatorio, seppure la riforma costituzionale sul giusto processo abbia evidenziato qualche incongruenza tra il modello di procedimento di esecuzione *ex art. 666 c.p.p.* e le cadenze del riformato art. 111 Cost.³³.

I momenti di attrito con la norma fondamentale si sono moltiplicati, infatti, quando si è palesato il bisogno di implementare, anche nella fase

²⁸ Fortemente critici A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 125 ss.; ma anche G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 95; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 144.

²⁹ V. F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 118.

³⁰ V. D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 24.

³¹ In tal senso G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 233.

³² Sul punto v. F. GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Utet, Torino, 2012, *passim*.

³³ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

dell'esecuzione, la cultura della giurisdizione e quei canoni che la caratterizzano in modo diretto, quali la terzietà e l'imparzialità del giudice, la parità tra le parti e il contraddittorio (art. 111, commi 1 e 2, Cost.)³⁴.

Le ragioni di contrasto sono state individuate sia negli ampi poteri decisori del pubblico ministero – *dominus* nella formazione del titolo esecutivo – idonei ad esplicare il doppio effetto di sottrarre le prerogative consimili al giudice e di annullare *ab imis* le garanzie difensive della controparte³⁵; sia nell'assegnazione delle funzioni di giudice dell'esecuzione al medesimo giudice che ha provveduto in sede di cognizione³⁶. Ciò malgrado, ancora oggi il procedimento di esecuzione rimane caratterizzato dai suoi tratti originari: gli auspici della dottrina sono rimasti neutralizzati dall'atteggiamento conservativo della giurisprudenza e dalla reticenza del legislatore, che non ha riservato nessuna attenzione alla fase esecutiva, nonostante i molteplici interventi riformatori che, nel corso degli anni, hanno completamente mutato, forse trasfigurato, il volto originario del codice di procedura penale.

3. Evoluzioni e limiti della giurisdizione esecutiva

La conformazione assegnata alla fase esecutiva dal codice di rito repubblicano non ha del tutto sopito il perdurante conflitto tra certezza del diritto e ragioni di giustizia sostanziale. Ad un certo punto si è posto un vero e proprio problema di metodo nelle scelte da compiere dinnanzi alle categorie tradizionali e al principio di legalità processuale, entro il quale si è trovato imbrigliato il giudice dell'esecuzione all'atto di dover risolvere questioni non contemplate dal codice di rito ma comunque involgenti un sacrificio per la libertà dell'individuo destinatario di pene illegittime. La tutela di quei diritti del condannato, immediatamente collegati al principio del *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*, è stata dirottata sul giudice, tergiversando sui contenuti, pur tipici e tassativi, della legge.

L'occasione per taluni sconfinamenti dal dettato normativo è stata offerta da quel processo di erosione degli aspetti sanzionatori delle fattispecie penali, avviato dalla Corte costituzionale tramite decisioni che hanno

³⁴ Su questi aspetti v. ampiamente A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 11 ss.

³⁵ V. G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 234; ma anche D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 25; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 136.

³⁶ In grado di minare la terzietà e l'imparzialità dell'organo di controllo della fase esecutiva.

dichiarato l'illegittimità di norme attinenti alle circostanze aggravanti, ai divieti di prevalenza delle circostanze attenuanti o alla cornice edittale di taluni reati, provocando una incidenza sopravvenuta sui quantitativi di pena comminati con decisioni già passate in giudicato. Cosicché è sorto il problema sul se e come eliminare gli effetti pregiudizievole nei confronti di chi si trovasse ad eseguire una pena di per sé illegittima, a causa di quella porzione irrogata sulla scorta di una circostanza o di una valutazione di prevalenza o soccombenza applicata in virtù di una norma poi dichiarata incostituzionale.

In particolare, il passo in avanti più importante è stato compiuto a partire dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità³⁷. Le difficoltà interpretative risiedevano nella individuazione dello strumento normativo in grado di consentire la riduzione del *quantum* di pena applicato una volta ritenuta la sussistenza della circostanza dichiarata contraria a Costituzione, revocando parzialmente la sentenza di condanna. Gli strumenti predisposti dal legislatore non avrebbero autorizzato un siffatto intervento, mostrando così preclusioni e limiti della giurisdizione esecutiva, al cospetto di situazioni che non si traducevano in un'*abolitio criminis* (artt. 2 c.p. e 673 c.p.p.) vera e propria.

Quello contemplato all'art. 673 c.p.p. rappresenta strumento per ottenere, in fase esecutiva, gli effetti derivanti dalla successione di leggi penali nel tempo (art. 2, comma 2, c.p., per il quale «nessuno può esser punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali») o dalla declaratoria di incostituzionalità disciplinata dalla l. n. 83/1957 (art. 30, comma 4, secondo cui «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»). Ed è proprio sulla scorta della norma appena richiamata che la Suprema Corte ha risolto, in maniera evolutiva, la questione sottoposta al suo sindacato, superando i limiti della lettera dell'art. 673 c.p.p. e la sua circoscritta applicabilità ai soli casi di *abolitio criminis* in senso stretto³⁸.

³⁷ Avvenuta con la decisione di Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249.

³⁸ Pur mantenendone l'interpretazione tradizionale in base alla quale la norma «non si presta ad essere interpretata nel senso di consentire la scissione del singolo capo d'accusa e la risoluzione del giudicato formale in relazione ad aspetti meramente circostanziali, o sanzionatori, ad esso interni»: cfr. Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Arch. pen.*, 2012, p. 1 ss., con nota di E.N. LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*. V. sul tema S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, p. 32 ss.

Facendosi carico di ripristinare la legalità della pena per sopravvenuta incostituzionalità della legge, la giurisprudenza ha puntato sul ruolo di “garante” del giudice dell’esecuzione³⁹ per aggirare, seppure in funzione di rafforzamento delle garanzie individuali, la portata della legge processuale.

Le vicende costituzionali che hanno coinvolto il trattamento sanzionatorio hanno palesato, per un verso, l’idoneità del giudicato costituzionale ad incidere sul giudicato (e sul processo) penale e la disponibilità del giudicato (e del processo) penale a lasciarsi plasmare dal giudicato costituzionale⁴⁰; e, per l’altro, il difetto nei poteri del giudice dell’esecuzione, provocato dai limiti del disposto contenuto nell’art. 673 c.p.p.⁴¹.

Il moltiplicarsi degli interventi della Consulta sulle norme sanzionatorie si è inserito in un movimento giurisprudenziale che ha coinvolto in modo prorompente il principio di legalità della pena, valorizzato in un dialogo che si è instaurato tra Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di cassazione e Corte costituzionale stessa⁴². Posto che la restrizione della libertà del condannato deve essere legittimata da una legge conforme a Costituzione⁴³ – si è detto – il valore del giudicato deve cedere a fronte della massima tutela dei diritti fondamentali del condannato, attraverso la disapplicazione, in fase esecutiva, della norma contraria alla Costituzione o al diritto convenzionale⁴⁴.

Col passare del tempo, l’esegesi riservata dalla giurisprudenza di legittimità ai rapporti tra cosa giudicata e legalità della pena, ha messo in luce talune interdizioni per la giurisdizione esecutiva nella conformazione assegnatale dal codice, soprattutto per le ipotesi in cui la declaratoria di illegittimità della norma non incriminatrice richieda non una mera

³⁹ Fermo restando il riferimento dell’art. 673 c.p.p. alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato ed istitutive di specifiche fattispecie incriminatrici, quando la pena costituisca il risultato dell’applicazione di una circostanza aggravante dichiarata incostituzionale, al fine di non mantenere condanne illegittime, si è ritenuto direttamente applicabile il dettato normativo del suddetto art. 30. Cfr. Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, cit.

⁴⁰ Sul tema v. ampiamente S. RUGGERI, *ult. loc. cit.*

⁴¹ Sui poteri del giudice in caso di *abolitio criminis* si rinvia, *infra*, al cap. 10.

⁴² V. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Scoppola*, in *CED Cass.*, n. 247244; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *Ercolano*, in *CED Cass.*, n. 258649; Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210.

⁴³ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *Ercolano*, cit.

⁴⁴ V. anche Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, in *CED Cass.*, n. 260697.

correzione aritmetica del *quantum* di pena, ma un'indagine preliminare sui presupposti delle circostanze o degli indici di commisurazione⁴⁵. In altre parole, ci si è trovati al cospetto di situazioni bisognose, spesso, di essere risolte tramite una rivalutazione dei fatti coperti dal giudicato, necessaria per la rideterminazione del trattamento sanzionatorio alla luce degli effetti prodotti dalle declaratorie di incostituzionalità.

Il diritto pretorio ha individuato soluzioni di compromesso, riconoscendo al giudice dell'esecuzione margini di manovra non circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma estesi alla necessità di mantenere il rapporto esecutivo adeguato alla situazione normativa sopravvenuta⁴⁶.

Tuttavia, proprio questo susseguirsi di declaratorie di illegittimità⁴⁷ di disposizioni sanzionatorie e non, con le conseguenti decisioni risolutive della giurisprudenza nomofilattica, ha posto in risalto la necessità di una complessiva riorganizzazione dei poteri del giudice dell'esecuzione, che ancora oggi non è stata compiuta.

Le pur pregevoli operazioni esegetiche della giurisprudenza, tese ad assicurare in certi casi i diritti fondamentali nella loro priorità rispetto al tenore della legge di rito, si sono tradotte in veri e propri sconfinamenti dal principio di legalità processuale, che ha ceduto il passo alla legalità sostanziale⁴⁸ tramite un approccio puramente casistico.

Come è stato giustamente osservato, nel confronto tra i diritti della persona e l'intangibilità del giudicato, si crea inevitabilmente un *gap* a vantaggio dei primi. Proprio per tale ragione l'assetto complessivo tra i contrapposti interessi non può rimanere ancorato a logiche casistiche, con il rischio che, sanando certe disegualianze, se ne alimentino altre⁴⁹.

La funzione di contrappeso assegnata alla fase esecutiva, può costituire una rilevante anomalia, produttiva di riflessi negativi sull'assetto delle garanzie penali, prima fra tutte quella della legalità della pena⁵⁰. La tutela di ragioni di giustizia che consentono di superare i confini del

⁴⁵ Così, ad esempio, nelle ipotesi di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità in materia di stupefacenti rispetto alla recidiva reiterata (Corte cost. 15 novembre 2012, n. 251); ma anche per i casi di declaratoria di illegittimità della legge Fini-Giovanardi, in tema di distinzione tra droghe leggere e pesanti (Corte cost. 25 febbraio 2014, n. 32).

⁴⁶ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, cit.

⁴⁷ V. ad es. Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 40.

⁴⁸ In nome del principio di legalità della pena.

⁴⁹ Cfr. D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1017.

⁵⁰ Così M. CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in M. CERESA-GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, cit., p. 18.

giudicato rigido, allora, non può essere lasciata alla fisiologica incertezza delle soluzioni pretorie. Solo la legge, con precise regole può, infatti, garantire una tutela ragionevole ed autentica, duratura e certa.

4. *Il volto attuale dell'esecuzione penale*

Istituti come il giudicato, nonché ruoli e funzioni processuali come quelli della magistratura di cognizione e di esecuzione, sono suscettibili di essere sottoposti ad una continua e difficile opera di rivisitazione, del resto ormai inevitabile, specie a fronte dell'impatto di quella prospettiva, coltivata a diversi livelli, orientata alla tutela dei diritti della persona⁵¹.

Malgrado gli scarsi interventi del legislatore, pur necessari per assicurare esiti ragionevoli non rimessi alla logica caso per caso, la modernità e l'ascesa di questioni generate anche dall'incidenza delle fonti sovranazionali, oggi portano correttamente a ritenere che il volto attuale dell'esecuzione penale risponda a più marcati criteri di giurisdizionalizzazione e risenta di pressioni diverse, che muovono verso direzioni variegata⁵². La fase esecutiva assume una natura ibrida, svolgendo una funzione composita negli equilibri del sistema penale, diversa e distante dall'area penitenziaria, rispetto alla quale è logicamente anteposta⁵³.

Al di là dei mezzi che possono rimuovere il giudicato in un'ottica comparatoria di errori avvertatisi nel giudizio e nel processo, per cui quell'immutabilità della decisione definitiva cede il passo a patologiche situazioni in grado di minare l'esito del processo penale, si aprono itinerari successivi alla sua conclusione, che inevitabilmente si incardinano nella logica esecutiva del provvedimento irrevocabile – sebbene la sistematica codicistica li posizioni in aree diverse⁵⁴ – e consentono di risolvere non

⁵¹ S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., p. 50.

⁵² In questo senso già A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 52 ss.; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale esecutiva*, cit., p. 3 ss.; F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, ESI, Napoli, 2016, p. 281; D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 30 ss.; B. LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quaderni del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino*, Torino, 2019, p. 13 ss. S. LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, *passim*.

⁵³ D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 19.

⁵⁴ Propriamente, le impugnazioni straordinarie, anche se regolate dalle disposizioni contenute nel libro IX, sono esperibili nel momento in cui la decisione è ormai passata in giudicato e si collocano, pertanto, nella fase della sua esecuzione.

solo ogni questione di carattere prettamente esecutivo, ma anche di incidere sulla decisione⁵⁵ fino a comportarne la rimozione.

La stabilità della decisione irrevocabile è in certi casi destinata ad arretrare. Il processo e il suo epilogo, allora, si rimettono in discussione non appena si manifesti quell'errore, di varia natura, che è proprio la fase esecutiva ad incaricarsi di accertare e rimuovere, tramite strumenti diversi con i quali è come se la giustizia mettesse in discussione sé stessa⁵⁶.

Si tratta di uno scenario rivitalizzato a causa dell'irrompere delle fonti sovranazionali, che ha dissimulato, ad un tempo, l'assenza nell'ordinamento di meccanismi di attuazione e adeguamento al diritto convenzionale e la fallibilità del giudicato al cospetto di violazioni dei diritti dell'individuo, accertate dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno. L'allusione è, ovviamente, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle sentenze della Corte di Strasburgo bisognose, a norma dell'art. 46 CEDU, di essere eseguite da parte dello Stato soccombente.

Nel momento in cui l'ordinamento ha deciso di aderire alla Convenzione europea dei diritti umani, si è assunto la responsabilità di attuare le sentenze della Corte europea, ingenerando nei singoli l'aspettativa di ottenere la riparazione della violazione accertata a seguito del buon esito del ricorso individuale⁵⁷.

A tale scopo, fisiologicamente, la fase esecutiva ha costituito la sede privilegiata per l'adeguamento alle indicazioni europee, pure in mancanza di uno strumento, nell'assetto processuale del 1988, volto ad incidere sul giudicato per rimediare a violazioni accertate in sede sovranazionale. Siffatta lacuna, probabilmente, ha trovato giustificazione anche nella originaria tendenziale "rarietà" di indicazioni della Corte europea, a lungo restia a indirizzare allo Stato condannato prescrizioni diverse dalla riparazione pecuniaria⁵⁸ e relative, quindi, alle conseguenze esecutive del proprio *decisum*.

Il mutamento di indirizzo in sede europea⁵⁹ – e l'affermazione per

⁵⁵ D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 32.

⁵⁶ V. H. BELLUTA, *La rimozione del giudicato*, cit., p. 196.

⁵⁷ L'art. 46 CEDU vincola gli Stati membri, nelle controversie di cui siano parte, a dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo, al fine di comprendere se, e in che limiti, l'adempimento dell'obbligo esecutivo richieda un intervento sul giudicato interno – per disporre la cessazione degli effetti, la modifica o la rimozione –, occorre individuare nella decisione europea il corrispondente "comando": gli effetti esecutivi di un provvedimento giurisdizionale, infatti, discendono dalla componente autoritativa di quel provvedimento, contrapposta, di regola, alla componente cognitiva o di accertamento.

⁵⁸ Sul tema si rinvia a B. LAVARINI, *Il sistema dei rimedi*, cit., p. 16 ss.

⁵⁹ V. Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (71), con la quale sono stati sollecitati gli Stati aderenti a

cui l'obbligo, in esecuzione del giudicato convenzionale (a norma dell'art. 46 CEDU), di rimettere la vittima della violazione nello *status* anteriore al relativo perpetrarsi, non può dirsi alternativo, ma prevale ed eventualmente si aggiunge a quello della riparazione pecuniaria – ha segnato il passaggio verso la ricerca e creazione di modelli in grado di far cessare la violazione accertata in sede europea per ripristinare la situazione ad essa anteriore⁶⁰. Talora, come ricordato dalla Corte dei diritti umani, il riesame del caso e la riapertura del processo rappresentano lo strumento migliore, se non l'unico, per sanare il *vulnus* riscontrato⁶¹.

Dopo le prime decisioni con cui il Giudice dei diritti umani, nel condannare l'Italia per la violazione, in danno del ricorrente, delle garanzie del *fair trial*⁶², ha specificamente sollecitato il ripristino dello *status* anteriore alla violazione, il diritto pretorio si è assunto il compito della ricerca di strumenti attuativi dei *dicta* di Strasburgo, adattando alle nuove necessità strumenti processuali creati ad altri scopi, quali l'incidente di esecuzione *ex artt.* 666 e 670 c.p.p. e il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto⁶³. L'incapacità di tali congegni di rimuovere, talvolta, le lesioni accertate dalla Corte sovranazionale e l'incertezza generata dalle soluzioni giurisprudenziali, tuttavia, non assicuravano quel corretto adeguamento imposto dalla Carta dei diritti umani⁶⁴.

prevedere possibilità appropriate di riesame del caso o di riapertura del processo quando: le condizioni richieste per la riapertura sono che: a) la parte lesa continui a soffrire conseguenze negative molto gravi a seguito di tale violazione e queste non possano essere compensate dall'equa soddisfazione; la decisione interna che l'ha prodotta sia contraria "nel merito" alla Convenzione, cioè si ponga in conflitto con uno dei diritti materiali che vi sono sanciti; la violazione sia dovuta a vizi processuali di tale gravità da generare un serio dubbio sulla correttezza dell'esito del processo. Nella giurisprudenza v. particolare; v. anche Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*.

⁶⁰ Concetti ribaditi con forza in Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 29 maggio 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*.

⁶¹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*.

⁶² V. ad es. Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italia*.

⁶³ Sul tema dell'individuazione dei rimedi, tra i molti, F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, ESI, Napoli, 2016, p. 228 ss.; B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 38 ss.; S. LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Cedam, Padova, 2022, *passim*; P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino, 2023; B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Cedam, Padova, 2017, *passim*; G. UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell'uomo e processo equo: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 43.

⁶⁴ Soprattutto per le violazioni ai diritti stabiliti in particolar modo nell'art. 6 CEDU.

Ad un certo punto è stato il Giudice delle leggi⁶⁵ a indicare la via da percorrere, a fronte delle pressioni esercitate in sede sovranazionale, per consentire l'attuazione dei comandi contenuti nelle sentenze della Corte di Strasburgo. L'uso della revisione avrebbe temporaneamente colmato la lacuna sistemica derivante dall'assenza di uno strumento processuale calibrato sull'esigenza di riaprire il processo affetto da violazioni dei diritti accertate in sede europea, rendendo il giudicato permeabile e rimodulabile sulla scorta delle condanne del Giudice europeo.

È noto che quella soluzione di ripiego, denominata “revisione europea”, per un verso non ha risolto le lacune ordinamentali, colmabili solo attraverso la via legislativa e, per l'altro, ha alimentato la rassegnazione all'ulteriore prolungarsi dell'inerzia del legislatore⁶⁶. Di fatto, si trattava pur sempre un intervento creativo che, come è noto, non ha ridotto le manovre giurisprudenziali tese a legittimare l'uso di metodi alternativi alla stessa “revisione europea” a causa della tipologia di vizio convenzionale accertato. Cosicché, la logica del sindacato “caso per caso”, le interpretazioni estensive ed analogiche, i continui adattamenti della legge processuale hanno, per lungo tempo, provocato disorientamenti nei soggetti vittoriosi in sede europea.

Occorreva, dunque, un intervento del legislatore che ponesse fine all'impasse generato, di volta in volta, dall'esigenza di osservare ed eseguire le pronunce di Strasburgo.

Dopo un ventennio dalla ricordata Raccomandazione Rec (2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, e decorsi due lustri da quella sentenza additiva della Consulta, è stato introdotto nel codice di procedura penale lo strumento volto a dare esecuzione alle decisioni definitive della CEDU (art. 628-*bis* c.p.p.), collocato in un apposito titolo – rimedi per l'esecuzione delle della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁷ – che ha messo la parola “fine” alla lunga stagione di interventi pretori volti ad assicurare il ripristino delle violazioni alle prerogative individuali, pur a fronte degli invalicabili limiti posti dalle categorie processuali e dal principio di legalità.

Il nuovo strumento di incidenza sul giudicato rivendica certamente la volontà del legislatore di far cessare le incertezze e di affrancarsi dalle soluzioni del passato: il rimedio di cui all'art. 628-*bis* c.p.p. è caratterizzato, invero, da una sua autonomia e risulta attivabile per conformarsi alla violazione di tutti i diritti di derivazione europea, di natura sia sostanziale, sia processuale.

⁶⁵ Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113.

⁶⁶ V. *infra*, Parte II, cap. 3.

⁶⁷ Titolo III-*bis* del libro IX c.p.p. collocato tra il III e il IV che disciplinano, rispettivamente, il giudizio in Cassazione e la revisione.

Lo scenario dei congegni capaci di mettere in discussione il *decisum* definitivo, allora, ne esce arricchito, alimentando la vocazione al perfezionismo dei momenti successivi al passaggio in giudicato della sentenza penale.

Il polimorfismo strutturale e funzionale degli strumenti che consentono di “riaprire” la decisione finale offre – in questa misura – la riprova dell’evoluzione della fase esecutiva, sensibile alle istanze di giustizia e di giustizia, che possono essere soddisfatte proprio grazie alla elasticità del giudicato.