

LA GIURISDIZIONE E LA ESECUZIONE DELLA PENA

di Giovanni Canzio

SOMMARIO: 1. La giurisdizione e la esecuzione della pena: la crisi di identità del giudice della esecuzione. – 2. La tutela dei diritti fondamentali e la relativizzazione della distinzione fra cognizione ed esecuzione. – 3. La pena illegale. – 4. La pena illegale e l'intangibilità del giudicato. – 5. (segue). L'evoluzione del tema: le pronunce delle Sezioni unite "Jazouli", "Marcon", Basile e Butera del 2015. – 6. Gli scenari: la nuova dimensione della fase esecutiva. – 7. Il ruolo del giudice dell'esecuzione. – 8. La giurisdizione e la tutela dei diritti del detenuto: il ruolo della magistratura di sorveglianza.

1. La giurisdizione e la esecuzione della pena: la crisi di identità del giudice della esecuzione.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il giudice di esecuzione da «giudice degli incidenti» diventa il giudice che «conosce dell'esecuzione del provvedimento» *ex art. 665 cod. proc. pen.*

Questo cambiamento non è stato solo formale, ma di contenuto.

Secondo l'impianto del codice abrogato il carattere incidentale delle decisioni *post rem iudicatam* si reggeva su due principi: la stabilità della cosa giudicata e la funzione retributiva della pena.

La fase esecutiva era interessata soltanto da sporadici interventi clemenziali.

Il processo penale veniva concepito come l'insieme delle attività funzionali a stabilire se dovesse o meno esser erogata una sanzione ed a determinarne qualità e quantità; ciò equivaleva ad identificare il processo penale essenzialmente nella così detta «cognizione».

Delimitato in tal modo il processo, è solo all'interno di tali limiti che venivano utilizzati gli schemi della giurisdizione.

Si determinava in tal modo uno stretto rapporto tra l'esistenza del processo penale inteso solo come «cognizione» e l'intervento del giudice (previsto in via ordinaria ed assorbente) nelle attività che lo costituivano.

In una simile situazione, l'esecuzione penale finiva per essere considerata solo una appendice del processo per la quale il prevedere in via ordinaria un intervento del giudice avrebbe costituito un non-senso, dal momento che tale organo esauriva il suo compito con la pronuncia della decisione.

Non essendo l'esecuzione parte del processo ma, tutt'al più, un'appendice di esso, (una «fase» in senso atecnico) non le era riconoscibile, ovviamente, quella «natura giurisdizionale» che solo al processo di cognizione legittimamente si attagliava: le si

attribuisce quindi «natura amministrativa» in contrapposizione a quella «natura giurisdizionale» che non le competeva.

In quanto appendice del processo, solo l'esecuzione formale presentava caratteristiche di «fase» sia pure in senso atecnico, che la avvicinavano al processo più di quanto invece avvenisse per l'esecuzione in concreto.

Era all'interno della esecuzione formale che si compivano le attività necessarie a consentire che il comando contenente la sanzione divenisse operativo e potesse, quindi, essere eseguito in concreto.

Si affidavano tali attività ad organi diversi dal giudice, si attribuiva ad esse natura "amministrativa", le si poneva fuori del processo inteso solo come cognizione e esercizio della giurisdizione.

Tuttavia, proprio perché le si consideravano attività di completamento del comando, esse venivano regolate nel contesto della disciplina processuale ed al loro interno si recuperava, sia pure in via del tutto incidentale e limitata, l'opera e la figura del giudice, sia nel senso di affidare a tale organo la cognizione delle eventuali controversie circa l'esatta interpretazione del contenuto del comando, sia nel senso delle eventuali questioni che potevano porsi in ordine all'astratta capacità del comando ad essere eseguito od a proseguire l'esecuzione, nei termini e nei limiti originariamente delineati nel comando stesso.

La risoluzione di tali questioni si configurava come il completamento del fondamentale compito affidato al giudice del processo: quello di pronunciare la sentenza contenente, se del caso, l'erogazione della sanzione.

Di conseguenza, secondo tale impostazione, spettava al giudice che aveva pronunciato il provvedimento da eseguire e posto in esecuzione, portare a termine il compito affidatogli, dirimendo anche le eventuali controversie in ordine al comando e definendone o ridefinendone gli estremi.

Se il giudice, che aveva emesso il provvedimento da eseguire, avesse operato nel corso delle attività di esecuzione, compiva sì un'attività sicuramente giurisdizionale, che, tuttavia, non faceva acquistare all'esecuzione natura giurisdizionale.

Tale impostazione può considerarsi superata.

La Costituzione, ex art. 27, comma 3, sancisce la finalità rieducativa della pena e, pertanto, il condannato ha diritto a un esame periodico della pretesa punitiva (Corte Cost., sent. n. 24 del 1974).

Si è affermato autorevolmente che «*la vocazione panaccusatoria tradita dall'art. 111 Cost. abbia provocato nella giurisdizione esecutiva una crisi di identità non facilmente risolvibile*» (Cosi, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2011, 15), che si percepisce, ad esempio, nella difficile definizione dei poteri istruttori del giudice della esecuzione ex artt. 666, comma 5, cod. proc. pen. e 185 disp. att. cod. proc. pen.

La "crisi di identità" della giurisdizione esecutiva, si sostiene, deriva, certo, dall'ampliamento delle funzioni del giudice della esecuzione, ma anche dalla conseguente giurisdizionalizzazione della fase esecutiva e dalla introduzione di alcuni istituti processuali: per opera legislativa (artt. 625-bis e 625-ter cod. proc. pen. ed art. 2,

comma 3, cod. pen.) o giurisprudenziale (Sez. un., n. 4687 del 20/12/2005, dep. 2006, Catanzaro, rv. n. 232610; Sez. un., n. 37107 del 26/2/2015, Marcon, rv. 264869, in relazione alla possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena a seguito di revoca parziale della condanna o di rideterminazione di pena applicata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. e divenuta illegale; Corte Cost., n. 113 del 2011 in tema di "revisione europea").

2. La tutela dei diritti fondamentali e la relativizzazione della distinzione fra cognizione ed esecuzione.

Tale processo evolutivo è strettamente connesso all'adozione di una prospettiva orientata alla tutela dei diritti fondamentali della persona e alla riflessione sul tema diffusamente definito come "cedevolezza del giudicato".

Da tempo, si riconosce che, pur restando la Corte costituzionale essenzialmente giudice delle leggi, il controllo da essa esercitato e indirizzato a una verifica di conformità alla legalità costituzionale orientata alla tutela dei diritti della persona.

Si assiste ad una polarizzazione dei tribunali costituzionali verso la *tutela dei diritti*, ben più che sulla *legittimità della legge astratta*: quando si superano impostazioni formalistiche per riconoscere anche al magistrato di sorveglianza la qualifica di giudice *a quo* e, dunque, la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, ove la "posta in gioco" sia costituita dalla necessità di garantire un diritto fondamentale del detenuto (Corte Cost., n. 212 del 1997); quando si dilata il concetto di "rilevanza" sino a ritenere che il giudice dell'esecuzione possa comunque impugnare davanti alla Consulta la legge già applicata in sede di cognizione, ove la Corte europea ne abbia denunciata la contrarietà alle norme convenzionali, per garantire il diritto dei condannati ad una "pena equa" (Corte Cost., n. 213 del 2013); quando si rivisita il sistema delle impugnazioni *extra ordinem* per introdurre una specifica causa di revisione a seguito di condanna europea (Corte Cost., n. 113 del 2011); pare allora sostenibile che il "centro di interesse" principale del sistema va spostandosi da un modello che tende ad *assicurare la costituzionalità della legge* a un modello che tende a *garantire l'effettività dei diritti fondamentali*, a cui non riescono ad opporre resistenza neppure gli sbarramenti più tradizionali e granitici, come *l'intangibilità del giudicato*, sempre cedevole, come si dirà, a fronte di una "pena illegale".

Dunque, un crescente protagonismo dei diritti fondamentali e una polarizzazione sulle relative istanze di tutela.

L'orizzonte, insomma, è quello dove la "*certezza dei diritti*" sembra invadere prepotentemente la scena, ponendosi in posizione di assoluta centralità, anche a costo di mettere in secondo piano la "*certezza del diritto*".

A sua volta, la Corte europea, pur chiamata a verificare il rispetto della legalità convenzionale rispetto alla gestione processuale del caso concreto, è ormai istituzionalmente abilitata a produrre (e ha concretamente prodotto) decisioni-pilota con le quali ha denunciato carenze strutturali degli ordinamenti coinvolti – e che sono

state significativamente valorizzate dalla stessa Corte costituzionale italiana (sentenza n. 210 del 2013).

Non sono peraltro mancate e continuano a registrarsi crescenti sollecitazioni, anche da parte dei giudici comuni, volte a promuovere un loro più immediato coinvolgimento nella tutela dei diritti fondamentali, reclamando spazi di interlocuzione diretta — senza il tramite della Corte costituzionale — soprattutto al cospetto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Non può forse ancora sostenersi che la certezza giuridica tradizionalmente offerta dal giudicato sia chiamata a cedere sempre più il passo alla massima valorizzazione dei diritti della persona, ovvero dei diritti materialmente costituzionali, quale che sia la fonte di riconoscimento, né può forse sostenersi con sicurezza che quella certezza in senso oggettivo sia oggi destinata a essere sostituita da una diversa certezza, stavolta concernente i diritti costituzionali, ovvero che la certezza del diritto possa essere oggi postulata solo nella misura in cui si dia certezza alla protezione dei diritti, atteso che nel campo delle garanzie individuali le soluzioni sono sempre perfettibili e la certezza dei diritti, volendo usare questa terminologia, è ottenuta attraverso progressivi assestamenti, dialoghi e talora contrasti inter-giurisprudenziali.

E tuttavia, l'effetto di tale processo è, come si dirà, una relativizzazione della rigida distinzione tra cognizione ed esecuzione, costruita principalmente sul presupposto, ormai rivisitato, della necessità di una conclusione ultima dell'accertamento e della correlata impossibilità di nuovi cicli cognitivi oltre una certa soglia procedimentale.

3. La pena illegale.

È diffusa l'affermazione secondo cui a partire dal 2010 la Corte costituzionale abbia superato una risalente cautela ad affrontare in ambito penale questioni di legittimità concernenti la mera entità del trattamento sanzionatorio.

Un gruppo di sentenze ha infatti dichiarato l'illegittimità: a) di una circostanza aggravante (Corte Cost., sent. n. 249 del 2010, sull'aggravante di clandestinità prevista dall'art. 61, n. 11-bis, cod. pen); b) della mancata previsione della circostanza attenuante della lieve entità per uno specifico reato (Corte Cost., sent. n. 68 del 2012, sulla mancata previsione dell'attenuante della lieve entità per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione); c) degli automatismi legislativi che vietavano la prevalenza di alcune circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento (Corte Cost., sent. n. 251 del 2012, sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen.; Corte Cost., sent. n. 105 del 2014, sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2, cod. pen. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen.; Corte Cost., sent. n. 106 del 2014, sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, comma 3, cod. pen. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod.

pen.); d) di una norma di interpretazione autentica finalizzata a inasprire retroattivamente la disciplina della sostituzione della pena dell'ergastolo assicurata dal rito abbreviato (Corte Cost., sent. n. 210 del 2013); e) di un'intera cornice editale (Corte Cost., sent. n. 32 del 2014, relativa alla c.d. riforma "Fini-Giovanardi", che aveva equiparato il trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite legate alle droghe "leggere" e "pesanti"); f) delle ipotesi di applicazione obbligatoria della recidiva (Corte Cost., sent. n. 185 del 2015, sull'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 99, comma 5, cod. pen., che prevedeva l'obbligatorietà dell'aumento della pena quando vi fosse una precedente condanna e il nuovo delitto commesso dal recidivo fosse fra quelli indicati all'art. 407, comma 2, lett. a) cod. proc. pen., senza possibilità per il giudice di accertare in concreto la più accentuata colpevolezza dell'imputato e la sua maggiore pericolosità; Corte Cost., sent. n. 74 del 2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.).

Le sentenze richiamate hanno dichiarato incostituzionali norme penali sostanziali diverse da quelle incriminatrici: non sono state caducate autonome fattispecie criminose, bensì norme non processuali che, comportando «una differenza di pena in conseguenza di determinati comportamenti o situazioni», avevano comunque natura sanzionatoria.

Si è posto così un problema sostanzialmente nuovo in relazione alle pene già irrogate in via definitiva .

Fino ad allora, infatti, si era comunemente reputato che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale potessero avere effetti retroattivi nei confronti dei rapporti giuridici definitivamente giudicati solo quando fosse venuta meno la norma incriminatrice.

Quando l'illegittimità di una norma penale sostanziale comporta una più mite risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento, ma la norma incriminatrice non è stata dichiarata incostituzionale, si sosteneva che continuasse a persistere la punibilità delle condotte accertate: non veniva meno la doverosità delle condanne e della loro esecuzione, potendosi dunque escludere la possibilità di revoca delle sentenze.

Inoltre, non sussistendo un collegamento diretto a una vicenda del diritto dell'Unione europea o a una sentenza della Corte EDU che avesse accertato l'assenza di equità nel singolo processo, non erano esperibili i rimedi previsti per i casi di "illegittimità europea" o di "revisione europea" .

Tali condanne definitive, tuttavia, cristallizzano delle pene la cui misura si rivela *ex post* esorbitante, poiché è evidente che, se i casi fossero stati decisi secondo norme conformi alla Costituzione, le sanzioni sarebbero state meno afflittive.

Private di un valido fondamento normativo, esse possono dunque essere definite come "illegittime": ci si è dunque chiesti se sia possibile una loro rideterminazione in fase esecutiva, superando così il limite del giudicato.

4. La pena illegale e l'intangibilità del giudicato.

Proprio l'adozione di una prospettiva orientata ai diritti della persona ha condotto la Corte di cassazione a riflettere da un angolo visuale più ampio sul tema diffusamente definito come "cedevolezza del giudicato".

Nel ricordare alcune delle tappe fondamentali del processo di ridimensionamento culturale, oltre che giuridico, di una concezione assolutizzante del giudicato, le Sezioni unite della Corte di cassazione, hanno richiamato in molteplici occasioni il percorso già intrapreso con **Sez. U., n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, e Sez. U., n. 42859 del 29/5/2014, Gatto**, sviluppando il tema della pena illegittima e individuano ulteriori e più recenti forme di contenimento del valore del giudicato derivanti dagli interventi, sempre più evidenti, della giurisprudenza europea, della Corte Costituzionale e dello stesso legislatore, con l'introduzione dell'istituto della rescissione del giudicato. (**Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-206-207; Sez. U., n. 37107 del 26/2/2015, Marcon, Rv. 264857-858-859; Sez. U., n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, Basile, Rv. 262327 – 328; Sez. U., n. 47766 del 26/6/2015, Butera, Rv. 265109**, e, quanto al diritto dell'imputato di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo anche nel caso in cui la pena inflitta con la legge previgente rientri nella nuova cornice sopravvenuta, **Sez. U., n. 46653 del 26/6/2015, Della Fazio, 265111**).

Se una pena è inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione deve considerarsi illegittima e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta.

Questo, in estrema sintesi, il messaggio fondamentale lanciato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con le sentenze "Ercolano" e "Gatto".

Con le sentenze in questione le Sezioni Unite hanno tracciato le coordinate di fondo entro cui si svolge e si svolgerà il grande dibattito apertosi su fronti diversi e riguardante i condannati in via definitiva – per reati in materia di stupefacenti, ma anche per sequestro di persona a scopo di estorsione, ricettazione, violenze sessuali e addirittura per alterazione e soppressione di stato – la cui pena è stata determinata, in sede di cognizione, sulla base di norme poi dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale e che chiedono ai giudici dell'esecuzione che le rispettive pene siano ricondotte a una dimensione legittima.

L'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite riconosce la portata valoriale del giudicato, ma in un'ottica spiccatamente garantista.

Pur non negando affatto il valore della stabilità dei rapporti giuridici, a esso sono giustapposte esigenze di legalità sostanziale, giungendo ad affermare che *«in ambito penale la forza della cosa giudicata [...] deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale»*

In tal senso si è ritenuto che la necessità che la restrizione della libertà personale del condannato sia legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2), prevale rispetto alla intangibilità del giudicato ed impone di intervenire in quelle situazioni che devono essere emendate "dallo stigma dell'ingiustizia".

Sono state individuate le fattispecie in cui il principio dell'intangibilità del giudicato soccombe rispetto agli altri valori, a cui il legislatore assicura un primato, e si è fatto riferimento:

1) all'"*abolitio criminis*", in cui è prevista la revoca della sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.) e la cessazione degli effetti penali (art. 2 c.p., comma 2);

2) alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ex art. 673 cod. proc. pen.;

3) all'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, e, quindi, all'art. 30, comma 4, della L. 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale;

4) all'art. 2, comma 3, cod. pen.

È stato affrontato il tema della individuazione dello strumento processuale idoneo a consentire l'intervento correttivo ed è stata affermata la inapplicabilità dell'art. 673 cod. proc. pen.

Il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata costituzionalmente illegittima – nella parte relativa al trattamento sanzionatorio – è, si afferma, esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato ed è alla L. n. 87 del 1953, art. 30, che, ai fini che interessano, deve farsi riferimento, avendo tale norma un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'art. 673 cod. proc. pen.

Il principio è che nella ipotesi i cui il giudicato sia "aggredibile" nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione "*il giudice dell'esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 c.p.p., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima*".

A tal fine sono stati riconosciuti ampi margini di manovra alla giurisdizione esecutiva, non essendo i poteri di questa circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma potendo, invece, incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano.

Quanto ai limiti entro i quali il giudice della esecuzione può fare uso di poteri valutativi, si è chiarito che questi deve procedere – non diversamente da quanto è previsto negli artt. 671 e 675 cod. proc. pen., – "*nei limiti in cui gli è consentito dalla*

pronuncia di cognizione....in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile".

5. (segue) L'evoluzione del tema: le pronunce delle Sezioni unite "Jazouli", "Marcon", Basile e Butera del 2015.

Il tema della pena illegale e della esigenza ripristinatoria della legalità in fase esecutiva è stato sviluppato nel 2015 da **Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli e Sez. U., n. 37017, del 26/2/2015, Marcon.**

Ha chiarito la Corte che dalla "flessibilizzazione" del giudicato penale emerge una duplice dimensione: la prima, relativa all'*accertamento del fatto*, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); la seconda, differente, relativa alla *determinazione della pena*, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*.

Secondo le Sezioni unite, "*se il giudicato sull'accertamento è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, il giudicato sulla pena è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in bonam partem, esprimendo un interesse collettivo (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici*".

In questo contesto si colloca anche **Sez. U., n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, Basile, Rv. 262327**, con cui la Corte ha ritenuto che, in virtù dei principi costituzionali e convenzionali nonché della disciplina codicistica in materia, il giudice dell'esecuzione può intervenire sul giudicato per emendare una pena accessoria illegittima non solo quando la sua applicazione sia omessa dal giudice della cognizione, ma anche nel caso di errore.

Se è unanimemente riconosciuta la facoltà di supplire all'omissione della pena accessoria *in executivis* e, dunque, la possibilità di un intervento contro l'interesse del condannato, a maggior ragione va permesso un simile provvedimento per emendare, sovente *in bonam partem*, una pena accessoria illegale.

Secondo questa decisione, la questione più delicata consiste non tanto nella valutazione dell'astratta possibilità dell'intervento nella fase esecutiva, quanto, piuttosto, nella determinazione dei "limiti" e dell' "ambito" dell'azione del giudice dell'esecuzione, perché sia conforme al sistema e non violi il principio di intangibilità del giudicato.

E' stato ribadito, in primo luogo, che l'intervento del giudice dell'esecuzione è precluso qualora quello della cognizione si sia già pronunciato sul profilo della

legittimità della pena accessoria, anche nel caso in cui sia pervenuto, pure in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una sanzione illegale.

L'intervento del giudice dell'esecuzione, in secondo luogo, è stato escluso nei casi in cui implichi valutazioni discrezionali in ordine alla specie e alla durata della pena accessoria irrogata.

In tale contesto, la Corte, riprendendo in senso restrittivo i principi affermati nelle altre sentenze, ha affermato che i poteri del giudice dell'esecuzione sono ispirati al criterio dell'intangibilità del giudicato, sicchè, se consistenti nella rideterminazione del trattamento sanzionatorio, come nel caso in cui sia stata inflitta una pena accessoria illegale o quando detta sanzione sia stata omessa, essi presuppongono l'esistenza nella legge di un criterio oggettivo, che esclude il ricorso alla discrezionalità tipica del giudizio di cognizione.

Secondo la Corte, l'applicazione dei principi illustrati consente di garantire il rispetto dei valori di rango costituzionale e convenzionale in tema di legalità della pena, evitando, al contempo, un'eccessiva flessione del principio dell'intangibilità del giudicato, con marcate conseguenze in tema di certezza dei rapporti giuridici. È stato escluso, pertanto, l'esercizio in sede di esecuzione della pena dei poteri discrezionali, riservati a quello della cognizione.

La Corte di cassazione ha affrontato anche il tema dei **limiti di deducibilità in sede esecutiva della illegalità della pena (Sez. U., n. 47766 del 26 giugno 2015, Butera, Rv. 265108-109)**

Si è evidenziato, conformemente a quanto aveva già fatto la sentenza "Gatto", come il vigente codice di rito abbia ridisegnato il ruolo e la funzione del giudice dell'esecuzione, cui è riconosciuta una nutrita serie di poteri incidenti sul giudicato, che la dottrina ha classificato come selettivi (art. 699 cod. proc. pen.), risolutivi (art. 673 cod. proc. pen.), di conversione (art. 2, terzo comma, cod. pen.), modificativi (artt. 672, 676 cod. proc. pen.), ricostruttivi (art. 671 cod. proc. pen. e 188 disp. att. cod. proc. pen.), complementari e supplenti (art. 674 cod. proc. pen.).

Dal contenuto di tali disposizioni, secondo la Corte, emerge con tutta evidenza l'insostenibilità della vecchia concezione circa la natura secondaria ed accessoria della fase esecutiva che, ormai, grazie alle nuove attribuzioni del giudice ed alla giurisdizionalizzazione del procedimento, ha acquistato una dimensione centrale e complementare a quella della fase di cognizione, concorrendo, come è stato notato, al completamento funzionale del sistema processuale.

Sulla base di tale presupposto si è ritenuto che un limite ai poteri del giudice della esecuzione è costituito da quei casi in cui questi non sia chiamato ad un'opera di nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata, rispetto a quello che costituisce oggetto del trattamento illegale applicato dal giudice della cognizione, ma debba compiere un nuovo complessivo giudizio, del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro il quale può trovare spazio il suo intervento.

6. Gli scenari: la nuova dimensione della fase esecutiva.

Ricostruita nei termini descritti la fase di esecuzione della pena, le Sezioni unite non negano l'efficacia risolutiva del giudicato, in virtù del quale « l'applicazione della norma al caso concreto [diviene] un "atto normativo che genera diritto" », ma, subito dopo, precisano l'assunto legando il vincolo derivante dall'art. 648 cod. proc. pen. alla fisionomia storica del fatto e all'accertamento di rispondenza dello stesso al paradigma (non solo incriminatrice) legale, la cui legittimità, però, rimane in fase esecutiva una questione aperta.

A rappresentare un crocevia di fondamentale importanza era il modo di concepire gli interventi giurisdizionali *post rem iudicatam*; per legittimare questi ultimi — si era osservato in dottrina — sarebbe stata necessaria una previsione che consentisse di elidere la forza esecutiva della sentenza irrevocabile, destinata a farsi norma del singolo caso.

Da simile indirizzo le Sezioni unite della Corte si allontanano in modo definitivo per ribadire che, dopo il formarsi del giudicato, le norme penali, nel giustificare l'esecuzione della condanna, restano suscettibili di essere (ri)applicate e, quindi, sono soggette ad un costante vaglio in termini di legalità.

Si tratta — questo l'asse portante — di un controllo intrinseco al ruolo del giudice dell'esecuzione e, perciò, tale da non richiedere che venga dettata, per via legislativa, una fattispecie in chiave di deroga alla forza della sentenza irrevocabile.

L'esigenza di garantire tale forma di verifica risponde a scopi di tutela che sono irrinunciabili perché: *a)* il rapporto esecutivo resta "aperto" fino all'avvenuta espiazione della pena; *b)* ad alimentarlo sono le norme penali sui cui si basa il titolo.

Al giudice della esecuzione è riconosciuto non solo il potere di sostituire una pena illegittima (l'ergastolo) con una predeterminata (trent'anni di reclusione) (caso Scoppola), ma, elisa la sanzione illegittima, di rimodulare il trattamento sanzionatorio.

Il regime del giudicato, alla luce del mosaico che nel recente arco di tempo ha preso forma, lascia alcune questioni sullo sfondo, come quella relativa al rapporto tra norme processuali e norme sostanziali: le prime sembrano essere estranee alla sfera applicativa dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, soffrono il limite del *tempus regit actum* e gli effetti della declaratoria d'illegittimità non si estendono alle situazioni esaurite, la cui verifica dipende da una complessa e discussa scansione atomistica della sequenza processuale (in tal senso, **Sez. U., n. 44895 del 17/7/2014, Pinna, Rv., 260925**, secondo cui la pronuncia della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che in materia di stupefacenti ha determinato la reviviscenza della disciplina sanzionatoria basata sulla distinzione tra le droghe "pesanti" e quelle "leggere", « non comporta la rideterminazione retroattiva, 'ora per allora', dei termini di durata massima [della custodia cautelare] per le precedenti fasi del procedimento, ormai esaurite prima della pubblicazione della sentenza stessa, attesa l'autonomia di ciascuna fase; al tema non pare estranea nemmeno **Sez. U., n. 36848 del 17/7/2014, Burba, Rv. 259992**, in tema di rescissione del giudicato ex art. 625 ter cod. proc. pen).

Una riflessione potrebbe aprirsi anche sul terreno della tutela convenzionale: la praticabilità della "revisione europea" rimane ancorata « ad un vincolante *dictum* della

Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie », eppure, anche in ordine alle garanzie dell'art. 6 Cedu potrebbero essere riscontrate, nella disciplina domestica, delle violazioni strutturali, foriere di riflessi oltre la singola vicenda che abbia originato la decisione della Corte europea.

La scelta di sancire la doverosa rimozione della pena “*contra ius*” ma, al tempo stesso, deflettere da alcuni “tradizionali” capisaldi della fase esecutiva, favorisce scenari magmatici.

7. Il ruolo del giudice dell'esecuzione.

Restano questioni strettamente applicative: stabilito che la pena illegale deve essere rimossa senza indugi, si pone il problema degli strumenti che il giudice dell'esecuzione deve impiegare e dei limiti al potere di rideterminazione.

Restano, in particolare, i numerosi problemi applicativi legati alla definizione delle regole che devono governare l'intervento del giudice.

Se il principio è nitido, nella misura in cui impone di modificare il comando espresso dal titolo esecutivo, l'ampiezza dei relativi poteri e, quindi, gli eventuali limiti, sono da stabilire in via interpretativa e le difficoltà, di cui le Sezioni unite della Corte di cassazione mostrano di essere consapevoli, nascono dalla latitudine estremamente vasta del rimedio.

Le Sezioni Unite penali hanno risolto la questione richiamandosi al principio di razionalità del sistema processuale, secondo cui quando «*la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione*»: il giudice dell'esecuzione, dunque, potrà esercitare ogni potere necessario al fine di rideterminare le pene illegittime .

Si tratta comunque di una soluzione rispettosa del giudicato, poiché è specificato che «*le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile*» .

Su questo versante affiora un inevitabile intrecciarsi di ruoli tra il giudice della cognizione e quello della fase esecutiva.

È ormai radicata nel sistema la previsione di penetranti poteri che, nonostante l'irrevocabilità della sentenza, consentano di rivisitare il fatto, a fini sanzionatori (art. 671 cod. proc. pen.) ma anche per stabilirne la sopravvenuta irrilevanza penale (art. 673 cod. proc. pen.).

In un ambito noto al giudice dell'esecuzione, sembra cogliersi un elemento innovativo.

Sul piano del materiale utilizzabile, si registravano indirizzi restrittivi: «*imputazione e sentenza [...] i soli strumenti di lavoro*»: banditi l'accesso agli atti processuali ed eventuali iniziative istruttorie (Sez. I, n. 13404 del 17/2/2005, Spadola, rv. 231260).

È un approccio che le Sezioni unite sembrano non esitare a superare, atteso che l'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. legittima l'esame del fascicolo di merito e, se occorre, il ricorso a prove da acquisire nel rispetto del contraddittorio.

Di fronte all'intricata opera ricognitiva che compete al giudice dell'esecuzione, sarebbe non facilmente spiegabile limitarne l'angolo visuale alla sola sentenza.

Quando su determinati temi la forza preclusiva della *res iudicata* scema, a fronte dell'esigenza di tutelare il giudicato, vi è il rischio di valutazioni parziali e incomplete.

Il caso della pena illegale è paradigmatico: la modifica normativa dovuta alla declaratoria d'illegittimità si riflette sui confini dell'accertamento perché alcuni risvolti fattuali – prima irrilevanti o secondari – potrebbero assumere un peso ben diverso.

Può, quindi, rivelarsi indispensabile andare oltre la semplice analisi della sentenza.

Più in generale, è l'importanza della posta in gioco a richiedere un regime che scongiuri il pericolo di giudizi lacunosi.

Quanto più si riconoscono al giudice della esecuzione poteri valutativi e discrezionali, tanto più, tuttavia, si realizza un avvicinamento della fase della esecuzione a quella della cognizione e più nitida è l'esigenza di attribuire autonomia alla figura del giudice della esecuzione rispetto a quella del giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire.

Il che è destinato a rilevare anche ai fini organizzativi, quanto alla costituzione di organi specializzati per l'esecuzione penale, in simmetria con quanto avviene nel processo civile.

8. La giurisdizione e la tutela dei diritti del detenuto: il ruolo della Magistratura di sorveglianza.

La funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo alla magistratura di sorveglianza, e, pur essendo diversificata in ragione delle singole esigenze, è incentrata sul reclamo, strumento multiforme attraverso il quale il detenuto in situazioni eterogenee può denunciare la lesione di diritti derivante da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria

Il primo elemento di criticità del sistema è stato da tempo individuato nella *complessità della disciplina dei reclami*, frutto di una legislazione stratificata, frammentaria, basata sulla tecnica del rinvio, e di alcuni interventi correttivi della Corte costituzionale: è stata evidenziato come il quadro nel complesso risultasse confuso e disorganico nel quale a fatica possono distinguersi le diverse tipologie di reclami e le relative cadenze procedurali, a causa di rinvii a norme preesistenti implicitamente abrogate, lacune normative mai colmate, moniti della Corte costituzionale rimasti inascoltati, interpretazioni giurisprudenziali non sempre univoche.

Un secondo aspetto problematico del sistema ha nel tempo riguardato le *modalità* attraverso le quali è assicurata la garanzia del *contraddittorio* nei diversi modelli di reclamo.

Anche qualora si dia per acquisito, in via generale, il carattere giurisdizionale del reclamo in ogni sua forma, resta il fatto che il contraddittorio viene realizzato diversamente nelle diverse tipologie di reclamo.

L'aspetto più critico del sistema di rimedi nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria potenzialmente lesivi dei diritti dei detenuti è stato storicamente individuato nella *manca di effettività del reclamo*, tenuto conto della difficoltà di garantire l'efficacia esecutiva del provvedimento decisorio emesso dal magistrato di sorveglianza: di fronte all'inerzia dell'Amministrazione penitenziaria che non potesse o volesse uniformarsi al *decisum* del giudice, non vi era rimedio, stante l'assenza nel nostro ordinamento di un meccanismo esecutivo delle statuizioni del giudice.

In tale quadro di riferimento, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza sul caso "Torregiani", ritenendo ineffettiva la procedura giurisdizionale prevista dal combinato disposto degli artt. 14-ter e 69 ord. pen., aveva invitato lo Stato italiano ad istituire un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario.

I rimedi di natura preventiva e compensativa, ad avviso della decisione, dovevano coesistere in modo complementare; così, si legge nella sentenza, « quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una violazione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita » .

In sostanza, le misure richieste dal giudice europeo investivano tre piani diversi ma tra loro intersecanti: il primo piano di intervento avrebbe dovuto riguardare un nuovo assetto delle sanzioni, una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare, e, per converso, un maggior utilizzo delle misure alternative alla detenzione; il secondo piano concerneva un sistema che assicurasse effettività alla rapida eliminazione delle violazioni in concreto rilevate; il terzo piano di intervento esigeva una riparazione per chi avesse sofferto una violazione dei diritti fondamentali.

In risposta a quanto intimato con la pronuncia europea, il Governo italiano, con due distinti interventi normativi (d.l. n. 146 del 2013, conv. nella l. n. 10 del 2014 e d.l. n. 92 del 2014, conv. nella l. n. 117 del 2014), ha introdotto nell'ordinamento penitenziario nuovi rimedi preventivi e risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che lamentino di aver subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della CEDU.

Oltre alla liberazione anticipata speciale prevista dall'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 10, la rafforzata tutela si concretizza in due autonome azioni, disciplinate, rispettivamente, agli artt. 35-bis e 35-ter ord. pen., che consentono al detenuto di essere sottratto con rapidità da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti causativi di pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti e al contempo di conseguire un ristoro per la violazione subita.

I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere

l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderenza conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza "pilota".

Nel primo caso (art. 35-*bis* ord. pen.), il procedimento prevede nel suo sviluppo uno specifico rimedio mutuato dallo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza; nel secondo caso il contenuto risarcitorio conferisce al procedimento natura marcatamente civilistica, al punto da prevedere una tutela sussidiaria e residua davanti al tribunale ordinario – entro sei mesi dalla cessazione della pena –, nei casi in cui il pregiudizio non sia computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero il soggetto che assume di averlo patito abbia terminato di espiare la pena detentiva.

In entrambe le ipotesi (35-*bis* e 35-*ter* cit.), il procedimento innanzi al magistrato di sorveglianza si svolge secondo le previsioni degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., con la necessaria estensione del contraddittorio all'amministrazione interessata; nell'ipotesi residuale di competenza del tribunale civile in composizione monocratica, la disciplina è quella fissata dagli artt. 737 e ss. cod. proc. civ. e il risarcimento del danno è da liquidare nella stessa misura determinata per i casi in cui a decidere sia il magistrato di sorveglianza.

I rimedi approntati dal Governo italiano hanno riscosso significativo apprezzamento da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e dalla stessa Corte Edu con al "Stella ed altri c. Italia" del 16 settembre 2014.

In questa prima fase applicativa restano sullo sfondo questioni interpretative delicate e, in particolare, il tema della difficile delimitazione dell'ambito operativo del rimedio risarcitorio previsto dall'art. 35-*ter* cit. e lo stesso ruolo della Magistratura di sorveglianza.

Si tratta di questioni sulle quali, soprattutto la giurisprudenza di merito, si è divisa.

Il problema lo pone l'*incipit* della norma che, tra i presupposti costitutivi dell'istituto, rimanda, per qualificare il pregiudizio legittimante l'azione, all'art. 69, comma 6, lett. b., ord. pen., che considera rilevante, ai fini del reclamo di cui all'art. 35-*bis*, ord. pen., *l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti*. Il rinvio normativo appena evidenziato ha posto subito il problema di individuare tra quale delle distinte azioni risarcitorie previste dall'art. 35-*ter* cit. collocare i ricorsi avanzati da soggetti, in stato di detenzione, che lamentano un pregiudizio non più attuale.

La lettera della norma individua la competenza del magistrato di sorveglianza a decidere i ricorsi del soggetto che si dolga nell'attualità di una inumana detenzione (art. 35-*ter*, commi 1 e 2, cit.), nonché quella del giudice civile per i ricorsi di coloro che, per varie ragioni, non siano più detenuti (art. 35-*ter*, comma 3, cit.). meno chiara è

invece la legge nel riparto di competenza tra ufficio di sorveglianza e giudice civile in relazione alle istanze provenienti dal soggetto che, da detenuto, lamenta una pregressa, ma non più attuale, detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU, con le conseguenze che ne derivano, atteso che, solo nel primo caso, ricorrendo gli altri presupposti di legge, il detenuto potrebbe ottenere il risarcimento in forma specifica.

Sulla questione, si registrano pronunce della Corte di cassazione che, nell'ottica di una forte valorizzazione della Magistratura di sorveglianza e della sua giurisdizione piena sui diritti del detenuto, ha ritenuto che la limitazione della competenza funzionale del magistrato di sorveglianza, con esclusione della attribuzione a tale giudice, di istanze che lamentino, in costanza di detenzione, un pregiudizio modellato sull'art. 35 *ter* ma non attuale, non sarebbe conforme ad una interpretazione logica e sistematica delle disposizioni in rilievo (**Sez. I, n. 876 del 16/7/2015, dep. 2016, Ruffolo, Rv. 265856; Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, Salierno; Sez. I, 16 luglio 2015, n. 46966, Koleci**).

Secondo la Corte, il legislatore, riconduce nell'alveo tracciato dall'art. 69 comma 6 lett. b) il particolare «pregiudizio» derivante dal trattamento inumano e degradante perché trattasi, in ogni caso, di una forma 'aggravata' di violazione dei diritti del detenuto, ma ciò non autorizza a ritenere che la sua «attualità» sia condizione di accesso al rimedio, essenzialmente di tipo risarcitorio, a differenza delle lesioni comuni (quelle di cui all'art. 69) , che danno luogo a rimedi di tipo inibitorio/preventivo, concepiti per rimuovere la condizione di ostacolo alla fruizione del diritto.

Ciò perché la necessaria "attualità" del pregiudizio è condizione necessaria nel reclamo ordinario (art. 69) proprio in ragione della correlazione con la tipologia di tutela che il sistema offre rispetto alle conseguenze dell'illecito (art. 35 comma 3), lì dove non diventa requisito essenziale dell'azione quando la domanda, data la particolare gravità della condotta violatrice, è tesa ad ottenere (in senso ampio) tutela *risarcitoria*.