



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIX ciclo

Tesi di Dottorato

**IL GIUDICATO E L'ESECUZIONE PENALE
IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO***

Relatrice

Chiar.ma Prof.ssa Antonia Menghini

Dottoranda

Veronica Manca

Anno Accademico 2015/2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Veronica Manca

**IL GIUDICATO E L'ESECUZIONE PENALE
IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO***

**Relatrice
Chiar.ma Prof.ssa Antonia Menghini**

Anno Accademico

2015/2016

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto. Diritto penitenziario.

XXIX ciclo

Esame finale: 11 aprile 2017

Commissione esaminatrice:

- 1) prof. Gaetano Insolera – Università di Bologna
- 2) prof.ssa Stefania Carnevale – Università di Ferrara
- 3) prof. Antonio Cavaliere – Università di Napoli “Federico II”

*Alla mia famiglia,
a noi due.*

Ringrazio la prof.ssa Antonia Menghini per avermi guidata con la sua professionalità ed infinita gentilezza nel lungo percorso di studi da studentessa a dottoranda.

Ringrazio inoltre tutti i professori, professionisti, colleghi ed amici che mi hanno dato la possibilità, lungo questi anni, di esprimermi e di esporre le mie ricerche in convegni, seminari ed incontri informali.

Ringrazio altresì il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo, nella persona della dott.ssa Johanna Rinceanu ed il personale della biblioteca della Corte Edu di Strasburgo per i numerosi colloqui, sempre molto preziosi e stimolanti.

Uno speciale ringraziamento è dedicato al dott. Riccardo Dies per i puntuali consigli ed i saggi suggerimenti di approfondimento, indici di un'estrema cura per i particolari; la sua presenza è stata fondamentale dall'inizio del mio percorso fino alla rilettura delle bozze.

Una menzione particolare è rivolta anche all'avv. Giuliano Valer per avermi trasmesso la passione dello studio del processo penale ed una forte dedizione per la professione forense, strumento essenziale per la tutela dei diritti dei detenuti.

Come non ringraziare infine la mia famiglia ed, in particolar modo, i miei genitori che mi hanno faticosamente s(o)pportato nel corso dei miei studi e che insieme alle mie amiche, Benedetta, Cristina, Tamara e la giovane Martina hanno rappresentato il mio costante punto di riferimento; ringrazio poi Stefano, la mia fortuna e la mia metà.

INDICE

Indice	I
Abstract	VII

I. LA TRANS-(N)AZIONALITÀ DEL DIRITTO PENALE NELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI

1.1. Il problema del metodo: <i>processo e pena</i>	1
1.2. Dalla <i>trans-azionalità</i> alla <i>trans-(n)azionalità</i> . La nuova dimensione (europea) della scienza penalistica	10
1.2.1. Le sfide del diritto penale sostanziale: il principio di legalità	16
1.2.2. L'equità processuale: le regole del "giusto processo"	42
1.2.3. L'esecuzione penale in Europa. <i>Focus</i> sui diritti umani dei detenuti	51
1.3. Il giudicato penale: ipotesi applicativa del metodo di indagine <i>trans-</i> <i>(n)azionale</i>	64

II. IL MITO DEL GIUDICATO PENALE

2.1. Premessa. La nozione di giudicato penale	67
2.2. L'intangibilità del giudicato nel processo penale: principi generali ed evoluzione storica	70
2.2.1. (<i>Segue</i>) Le prime esperienze codicistiche	75
2.3. Il fondamento del giudicato nella dimensione politica e costituzionale	79
2.4. Il giudicato e l'esecuzione penale: procedimento a più tempi	83
2.5. Il divieto di un secondo giudizio: il principio del <i>ne bis in idem</i>	91
2.5.1. (<i>Segue</i>) I risvolti internazionali	97
2.5.2. (<i>Segue</i>) Esecuzione penale e giudicato estero	109
2.6. Giudicato penale e processo civile. Gli effetti penali indiretti	111
2.7. Il giudicato "aperto" sulla pena: dalla revisione del processo alla giurisdizione "rieducativa"	117

III. IL GIUDICATO “APERTO” SULLA PENA NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRTTI UMANI

Sezione I

Il giudice nel reticolo delle fonti

3.1. <i>Multilevel constitutionalism</i> : dalla Costituzione al sistema reticolare delle fonti	130
3.1.1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la dimensione “paracostituzionale” del sistema Cedu	132
3.1.2. La reazione della Corte costituzionale: dalle sentenze gemelle (348/2007, 349/2007) alla sentenza n. 49/2015	137
3.1.3. I diritti umani nella cornice dell'Unione europea: la Carta di Nizza	141
3.1.4. L'adesione dell'Unione europea al sistema convenzionale	147
3.1.5. Verso “l'europeizzazione” dei diritti umani o dei contro limiti?	148
3.2. <i>Vademecum</i> per l'interprete: il <i>modus operandi</i> del giudice	150
3.3. <i>Focus</i> sull'interpretazione conforme	155

Sezione II

Il giudicato e l'Unione europea

3.4. I <i>cases law</i> della Corte di Giustizia dell'Unione europea: dal caso <i>Berlusconi a El Dridi</i>	161
3.4.1. (<i>Segue</i>) Soluzioni interpretative: la tenuta del giudicato	167
3.4.2. Le vicende successive: dal caso <i>Sagor</i> al <i>case law Celaj</i>	173

Sezione III

Il giudicato e la Corte europea dei diritti dell'uomo

3.5. Il giudicato e la giurisprudenza di Strasburgo	179
3.6. Le ricadute sul processo: dal caso <i>Somogyi</i> al <i>case law Dorigo</i>	181
3.6.1. (<i>Segue</i>) Il caso <i>Drassich</i>	184
3.6.2. La “revisione europea” e soluzioni <i>de iure condendo</i>	188
3.6.3. Prospettive comparate	191
3.7. L'incidenza del principio di legalità convenzionale sulla pena: il caso <i>Scoppola</i>	195
3.7.1. (<i>Segue</i>) La vicenda processuale	197
3.7.2. (<i>Segue</i>) La pronuncia della Corte europea	200

3.7.3. (Segue) L'esecuzione della sentenza Scoppola ad opera delle Corti interne	205
3.7.4. (Segue) Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale <i>post Scoppola</i>	209
3.8. I “figli di un dio minore”: la pronuncia delle Sezioni Unite nel caso <i>Ercolano</i>	213
3.9. Il caso <i>Contrada</i> : potenziali risvolti applicativi	219
3.10. Soluzioni comparate: dal <i>case law Del Rio Prada</i> , alla <i>Sicherungsverwahrung</i> tedesca	227
3.11. Proposta di soluzione alternativa	232

Sezione IV

Il giudicato e la pena “illegale”

3.12. La declaratoria di illegittimità costituzionale e la successione di leggi penali nel tempo	239
3.13. La dichiarazione di illegittimità di una norma non incriminatrice: le questioni sul tappeto	241
3.14. <i>Focus</i> sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014 in materia di stupefacenti	247
3.14.1. Ricadute sull'esecuzione della pena: il punto di vista della giurisprudenza di merito	256
3.14.2. L'approdo delle Sezioni Unite Gatto	262
3.14.3. (Segue) L'evoluzione giurisprudenziale successiva	269
3.14.4. Quale soluzione percorribile?	275

Sezione V

Il giudicato e il mutamento favorevole delle Sezioni Unite

3.15. Stato dell'arte sull'incidenza del mutamento favorevole sul giudicato	279
3.15.1. L'applicabilità dell'art. 673 c.p.p.: in quali margini?	283
3.15.2. Le posizioni avanguardistiche della dottrina	285

IV. L'ESECUZIONE PENALE TRA PROCESSO E PENA

in prospettiva de iure condendo

4.1. L'esecuzione penale: il campo d'indagine	291
-----------------------------------------------------	-----

4.2. L'esecuzione nel codice Rocco	293
4.3. Il mutamento del paradigma esecutivo ad opera della Costituzione: il "giusto processo"	296
4.3.1. Dal "giusto processo" all'"esecuzione leale"	302
4.4. Le soluzioni alternative prospettate in seno al codice di rito. Il (rifiuto del) processo bifasico	305
4.4.1. (Segue) Il "prototipo" bifasico statunitense	313
4.5. La (mancata) riforma del 1988: il sistema vigente	321
4.6. Dalle criticità passate ai problemi attuali: la perdurante "crisi" della pena ...	325
4.6.1. (Segue) Soluzioni <i>de iure condendo</i> : verso il giudizio sulla pena	330

V. L'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA: *profili concettuali e sistematici della pena in executivis*

Sezione I

La pena *in executivis*: la "grammatica processuale"

5.1. L'esecuzione della pena: ordine di esecuzione e ruolo del pubblico ministero	337
5.1.1. (Segue) Le recenti riforme dell'art. 656 c.p.p.	349
5.1.2. (Segue) Questioni intertemporali	351
5.2. I (nuovi) poteri del giudice dell'esecuzione	357
5.3. Il procedimento d'esecuzione tra legalità e rieducazione	365
5.4. La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Cenni	377
5.4.1. Le criticità applicative: soluzioni <i>de iure condendo</i>	383

Sezione II

La pena *in executivis*: "la grammatica sostanziale"

5.5. La legalità della pena <i>in executivis</i> . Il tempo delle norme esecutive	395
5.6. La retroattività della <i>lex mitior</i> . Bilanciamento degli interessi: certezza del diritto o certezza dei diritti?	402
5.6.1. Il limite del giudicato all'art. 2, co. 4 c.p.: possibile superamento?	413
5.7. La funzione della pena. Il finalismo rieducativo	419
5.7.1. Il nocciolo duro della dignità umana del detenuto	440
5.8. L'individualizzazione della pena. Un approccio costituzionalmente orientato	

di commisurazione della pena	447
5.8.1. (<i>Segue</i>) La scissione della graduazione della colpevolezza	460
5.8.2. L'indagine personologica del reo: la perizia criminologica	464
5.8.3. Il più ampio ventaglio sanzionatorio: dal carcere come <i>extrema ratio</i> ad altre pene (alternative) principali, a forme di rinuncia della pena	466
5.8.4. Una riforma "costosa" in termini di risorse e formazione. L'esigenza di un rinnovamento culturale "sulla pena"	475
VI. IL GIUDIZIO SULLA PENA: <i>considerazioni di sintesi</i>	
6.1. La pena <i>in executivis</i> : l'esigenza di una "grammatica univoca". Questione di metodo	477
6.1.1. La pena nel quadro del sistema multilivello: verso un'univoca "giustizia penale"	481
6.1.2. Il tempo della pena	485
6.2. Giudicato e pena: quale soluzione?	490
6.2.1. Prospettiva <i>de iure condito</i> : l'ampio raggio dell'art. 673 c.p.p.	492
6.3. Prospettive <i>de iure condendo</i> : il giudizio sulla pena	498
6.3.1. Verso il processo bifasico: profilo processuale	500
6.3.2. Profilo sostanziale: la nuova dimensione della pena secondo il modello special-preventivo	501
6.4. Il "problema della pena" è questione di politica criminale: l'imperativo di un rinnovamento culturale	504
Bibliografia	505

ABSTRACT

«Ogni volta che entro in un istituto penitenziario mi domando “perché loro e non io?” Tutti abbiamo la possibilità di sbagliare»¹.

La recente casistica giurisprudenziale, elaborata dalle Corti sovranazionali in un continuo e serrato dialogo con le Supreme Corti nazionali, ha dato nuova linfa al dibattito interdisciplinare circa l'incidenza delle fonti sovranazionali rispetto alla modifica e all'integrazione dei sistemi giuridici interni.

La complessa evoluzione giurisprudenziale, ancora in atto, ha progressivamente elaborato un nucleo essenziale di garanzie a tutela dei diritti umani della persona sottoposta a procedimento penale, sia nella fase preliminare sia in sede processuale, che ha notevolmente inciso sulle sorti della struttura del processo penale, comportandone, di fatto, un parziale ripensamento in un'*ottica sostanziale*, e non più, quindi, secondo una visione strettamente procedurale.

Il graduale mutamento del procedimento penale si percepisce maggiormente nella fase dell'esecuzione, in cui la giurisprudenza sovranazionale è intervenuta ripetutamente ad affermare la supremazia dei diritti fondamentali del condannato ed, in particolare, della libertà personale del detenuto, a scapito dei principi procedurali dell'esecuzione della pena, quali, *in primis*, l'intangibilità del giudicato penale.

Si è ritenuto fondamentale quindi procedere, in primo luogo, ad un'indagine sull'effettività dei rapporti tra *processo e pena* (*id est*: giudicato e funzione della pena), per suggerire un metodo di studio e di ricerca univoco, nella dimensione del sistema multilivello dei diritti umani, che ad oggi connota profondamente le dinamiche della *giustizia penale*, per poi procedere, in un secondo tempo, ad una sua applicazione concreta, attraverso una prospettiva privilegiata quale è quella del giudicato e della pena, suggerendo, per tale via, un ripensamento complessivo dell'esecuzione penale e del binomio *processo e pena*.

¹ Messaggio di Papa Francesco al “Giubileo dei detenuti” del 6 novembre 2016.

I.
LA TRANS-(N)AZIONALITÀ DEL DIRITTO PENALE
NELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI

Oggi lo studioso della pena che, nelle sue
riflessioni, dimentichi il processo penale,
è come un chimico che, nel descrivere una
reazione trascuri le eventuali impurità
delle sostanze che concorrono a
determinarla, o come fisico che, nel
descrivere il movimento di una sfera su un
piano, ometta di considerare l'attrito
provocato dalle imperfezioni della
superficie di scorrimento.

[PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno
alla sanzione. La questione delle pene
sostitutive tra efficacia della sanzione ed
efficienza dei meccanismi processuali*, in
AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività
e certezza della pena*, Milano, 2002, p.
73]

SOMMARIO: 1.1. Il problema del metodo: *processo e pena*. – 1.2. Dalla *trans-azionalità* alla *trans-(n)azionalità*. La nuova dimensione (europea) della scienza penalistica. – 1.2.1. Le sfide del diritto penale sostanziale: il principio di legalità. – 1.2.2. L'equità processuale: le regole del "giusto processo". – 1.2.3. L'esecuzione penale in Europa. *Focus* sui diritti umani dei detenuti. – 1.3. Il giudicato penale: ipotesi applicativa del metodo di indagine *trans-(n)azionale*.

1.1. Il problema del metodo: *processo e pena*.

Già nel 1980, in concomitanza con la riforma del codice di rito, la dottrina esprimeva la necessità di ripensare al metodo di indagine della scienza penalistica².

² Cfr. MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, 2016, p. 5 ss., in cui l'autore ripercorre le origini della separazione metodologica e disciplinare delle due scienze, procedurale e sostanziale, già a partire dalla fine del Settecento. L'autore ricorda infatti che: "L'*esprit de geometrie* prese corpo soprattutto nel versante sostanziale dove contribuì non solo a tipizzare i delitti di parte speciale ma anche ad impiantare un *Allgemeiner Teil* pressochè ignoto ai criminalisti d'antico regime. Per contro, l'ambito del processo, per sua natura invischiato nella concretezza della prassi e perciò meno plasmabile dalle elucubrazioni teoretiche, degradava a corollario applicativo o diveniva ruvido terreno di scontro politico". La divaricazione tra i due poli del sintagma diritto e procedura penale si cristallizzò nell'età delle codificazioni, in cui la "separatezza" formale divenne proprio un indice sintomatico (così non, invece,

In un celebre scritto, il Prof. Franco Bricola criticava alla dogmatica penalistica di costruire teorie “senza farsi carico dei profili dell’accertamento, dei mezzi di informazione a disposizione del giudice, nonché dell’inserimento di tali dottrine nell’alveo di una certa struttura processuale”³, e ai processualisti di “esaurire il proprio

nella *Leopoldiana*, in cui, eccezionalmente non si rinveniva tale dicotomia). Nel corso dell’Ottocento il modello napoleonico influenzò notevolmente l’impostazione disciplinare delle due materie, collocando l’insegnamento della procedura penale accanto alle procedure, civile ed amministrativa, in una didattica unitaria, in cui lo spazio per il rito penale si mostrava assai residuo: unica eccezione di tale periodo si registrava nella Facoltà di Diritto di Napoli, la quale, il 12 aprile 1816 operò una fusione, in un’unica cattedra, del *Diritto criminale* e *Procedura criminale*, preservando, dall’altra, la separazione della *Procedura civile ed arte del notaio* dal *Diritto civile*; una significativa deroga si ebbe anche a Palermo, in cui si istituì una cattedra autonoma di *Procedura penale* (nel 1819). Verso la metà dell’Ottocento si avevano dunque visioni fortemente differenziate e, difficilmente conciliabili, sulla programmazione didattica: tali incertezze si riversarono anche sull’organizzazione delle facoltà del Regno di Sardegna, in cui vennero mantenute unite le procedure penale e civile; mentre negli atenei soggetti al controllo asburgico si optò per la scissione delle procedure, con un insegnamento autonomo (ma distinto dal diritto sostanziale) della *Procedura penale*. All’indomani dell’unificazione del neonato Regno d’Italia, in virtù del regolamento Matteucci 1862, venne recepito il modello sabaudo. Le conseguenze furono immediate: all’Università di Napoli, Enrico Pessina, che fino a quel momento aveva tenuto il corso di *Diritto e Procedura penale*, cedeva parte del corso procedurale al collega Frojo, il quale veniva così abilitato a insegnare le procedure, sia civile sia penale. Con tale modello, si sacrificò fortemente l’insegnamento della procedura penale, affidata di regola a processual-civilisti, in un periodo storico in cui le riflessioni della dogmatica civilistica erano già di altissimo livello, in *primis*, con il commentario Mancini-Pisanelli-Scajola. Esperimento quindi di breve durata: con il r.d. n. 2525, 1865, infatti, si separarono le cattedre processuali, istituendo un corso biennale di *Diritto e procedura penale*. Nel 1865, si ebbe, come è noto, il codice penale di rito, “subito etichettato dalla dottrina come mediocre rimaneggiamento del sabaudo codice Rattazzi”. Cfr. MILETTI, *Dall’ancillarità alla separazione*, cit., p. 22. In tale clima, maturò nel 1903 l’appello firmato da ventisei docenti italiani di *Diritto e procedura penale* indirizzato al ministro della Pubblica istruzione (Nasi), a cui si sollecitava, “nell’interesse della Scienza e della Scuola”, la “separazione dell’insegnamento del *diritto penale* da quello della *procedura penale* in due distinte cattedre”. Cfr. *Per la distinzione delle cattedre di Diritto e Procedura penale. L’indirizzo dei professori*, in *La Scuola Positiva*, XIII (1903), nn. 5-6, cit. in MILETTI, *Dall’ancillarità alla separazione*, cit., nt. 60, p. 32. Il “miraggio” dottrinale dell’unificazione del sistema di giustizia penale, pur presentandosi in linea con il programma dogmatico e politico dell’indirizzo tecnico-giuridico, di fatto, portò ad un ulteriore ridimensionamento della procedura penale: il *Trattato* di Vincenzo Manzini, del 1914, infatti, rievocava una concezione della procedura come mera predisposizione di forme rituali, mutuando, peraltro, categorie dogmatiche dalle coordinate processual-civilistiche stilate da Chiovenda. Il perfezionamento di entrambi i codici, sostanziale e procedurale, sotto il governo Rocco, non portò con sé una significativa modifica della situazione didattica e culturale. Il 16 gennaio del 1941, Alfredo de Marsico proclamò la cattedra romana di *Procedura penale*, sostenendo come la scienza processual-penalistica fosse pervenuta “al momento della massima maturazione”. Per lungo tempo, tuttavia, «la penuria di insegnamenti *ad hoc* contribuì senz’altro a relegare il diritto processuale “ad appendice di nessun peso” del diritto sostanziale». Cfr. MILETTI, *Dall’ancillarità alla separazione*, cit., p. 54. La costante scissione didattica delle due discipline portò con sé l’impossibilità di conseguire una preparazione scientifica altamente qualificata in entrambi i settori. Come, infatti, si riportava negli anni ‘80, “non si riesce a superare la constatazione che il diritto processuale, già nella fase di formazione culturale giuridica, stia all’ombra del diritto sostanziale. Può valere come osservazione generale che né lo studente, né successivamente il ricercatore di materie giuridiche hanno cura di raggiungere in diritto processuale un grado di conoscenza proporzionato a quello del diritto sostanziale. A ciò si aggiunge che proprio in diritto processuale l’insegnamento viene impostato troppo unilateralmente su problematiche giuridiche”. Cfr. ZIPF, *Politica criminale* (1980), trad. it. Bazzoni, Milano, 1989, pp. 328-29, nonché PISANI, *L’autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, p. 127 ss.

³ Cfr. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, cit., pp. 454-455. In senso analogo, BERNARSONI A., *La collaborazione processuale*.

interesse nell'elaborazione di forme processuali, rapportate quasi esclusivamente a "tutta quella gamma di interessi che le norme processuali tutelano ancora prima di servire da attuazione al diritto penale sostanziale"⁴.

Si affermava, altresì, l'esigenza di rivedere l'impianto dogmatico e concettuale che, per tradizione, considerava il profilo sostanziale come una disciplina autonoma e distinta rispetto alla dimensione processuale: all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura del 1988, la scienza penalistica si vide costretta a confrontarsi con

Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense, Milano, 1995, p. 104; BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, p. 542; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 15 ss.; CAVALIERE, *L'obbligatorietà dell'azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, II, (a cura di) Moccia, Napoli, 2002, p. 327; CONSOLO, *Al "cuore" dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1535 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 281; ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 37; DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 848; ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008; LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, (a cura di) Eusebi, Milano, 2005, p. 119; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Milano, 2007; GAROFOLI V., *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1457; MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 285; MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, p. 464; MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, (a cura di) Garofoli V., Milano, 2005, p. 83 ss.; MOLARI, *Il principio di legalità tra diritto e processo nel pensiero di Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 249; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di F. Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 648 ss.; PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi?*, ivi, 2003, p. 108; ID., *Quale scienza del diritto penale?*, ivi, 1993, p. 1209; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 104 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; ID., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1149-1157; VARRASO, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, p. 468 ss. Per un riferimento bibliografico, cfr. anche MANCA V., *La ragionevolezza del dubbio nel delitto di calunnia: criterio di accertamento del dolo o espediente per una responsabilità sostanzialmente colposa?*, nota a Cass. pen., 22 dicembre 2015, n. 1399, in *Arch. pen. web.*, 2/2016, p. 16.

⁴ Cfr. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi*, cit., pp. 454-455. In tal senso, cfr. CONSOLO-GALLO E., *Ecco perché "Diritto penale e processo"*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 637-638; LEONE G., *Per definire con esattezza l'autonomia didattica del diritto e della procedura penale*, ivi, 1997, p. 635; STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della procedura penale non significa autonomia culturale*, ivi, pp. 636-37. Di recente si è espresso anche DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 402, per cui «La "cultura del penale" [...] è stata incapace, negli anni recenti, di ispirare le riforme del processo, prodotte (pur con il decisivo apporto di esponenti della magistratura) da una classe accademica di processual-penalisti insipientemente separata da quella dei sostanzialisti (e viceversa): una distanza sociologica (vedi la divisione delle cattedre) e culturale (vedi di frequentazioni reciproche a livello di ricerca) che, anche senza scomodare i miti di una "scienza penale integrata", invita tutti ad un'umile ma fattiva pratica del dialogo, che è metodo della scienza, oltre che della democrazia». Sul punto cfr. anche STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 104 ss., il quale vede nel diritto e nella procedura due «vittime illustri del "mito delle discipline", indicando nell'unità del sapere giuridico la via maestra per risolvere le insufficienze "dell'insularità"». Per un approfondito riferimento bibliografico, cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., nt. 25, p. 14.

un nuovo modello processuale, plasmato sui principi garantistici della presunzione di non colpevolezza, sul contraddittorio della prova, sull'accertamento della verità processuale secondo un *iter* dinamico, articolato su più fasi e gradi del giudizio, con la previsione di un'esecuzione della pena flessibile, rispetto, invece, ad un diritto penale sostanziale, percepito, ormai come “vecchio” ed anacronistico⁵, intorno al quale una riforma complessiva non era ancora – e non lo è tutt'ora – giunta a compimento.

La necessità di elaborare *una grammatica concettuale comune* ad entrambe le discipline si coglie anche nel radicale mutamento di ruolo, all'interno del binomio *diritto penale/processo* del diritto processuale, da una concezione del processo come “servo muto” del diritto sostanziale ad una dimensione progressivamente sempre più paritaria, da “servo loquace” a “socio paritario” – usando le note parole di Padovani⁶.

Come riporta Nobili, l'affermazione della concezione strumentale del processo, ovverosia del *Werkzeugdogma*⁷, postulato di derivazione illuministica, si deve alla visione positivista di inizio Novecento con il pensiero di Kantorowicz, secondo cui il processo svolge una funzione marginale all'interno della dinamica punitiva⁸.

Secondo l'autore, i principi del *Werkzeugdogma* sono “terribilmente chiari e semplici”: “[...] la posizione di un certo sistema di valori (tutelati anche mediante l'individuazione delle fattispecie criminali) appartiene esclusivamente al legislatore. La

⁵ Cfr. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 80, in cui l'autore riprende con efficacia il dibattito sul ruolo della procedura penale, definito variamente dalla dottrina “Cenerentola del diritto” (cfr. Carnelutti) ovvero “serva muta” e in un secondo momento “loquace” (cfr. Padovani): «Dunque, soci(o)a egemone? Cenerentola? In realtà le due egregie provocazioni non sono in contrasto l'una con l'altra. La procedura, forse più ancora dell'area sostanziale, è bisognosa di stare sotto i riflettori; sotto la più forte attenzione (pure dei non specialisti). Non può esservi un diritto (sistema) penale virtuoso, se esso non si cala in un tracciato applicativo altrettanto virtuoso. Le esigenze e la crescita di quest'ultimo comprendono e pretendono molto: non ultimi, ad esempio, il livello degli operatori; la cultura sociale; la cultura e l'onesta dei c.d. “media” (scese entrambe a livelli non decorosi); la qualità complessiva della dialettica e degli studi. Non sono parole esornative, orpello. Segnano la strada da cui attenderci rimedio».

⁶ Cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antisfrotiche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 430; CARNELUTTI, *Pena e processo*, ivi, 1952, p. 167; CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1957, p. 37 ss.; PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 695; VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 160 ss.

⁷ Cfr. NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Qcrim.*, 1977, p. 51.

⁸ Cfr. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, 1925, in ID., *Rechtswissenschaft und Soziologie – Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962, p. 41 ss. In Italia, cfr. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1973, p. 166 ss.; CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 273, nonché NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia*, cit., p. 51 ss.

fase politicamente qualificata si conclude attraverso la fissazione – in via generale ed astratta – della norma incriminatrice. Da questo insieme in poi, il ciclo della produzione giuridica si chiude meccanicamente. Occorre soltanto una sorta di apparato di trasmissione (il processo) ed un corso di funzionari disposti e destinati – in assenza di ulteriori giudizi di valore – al compito del *jus dicere*⁹.

Il processo penale viene quindi “irrealisticamente relegato e ridotto a una sorta di epifenomeno: un episodio di marginale rilevanza e di scarsa incidenza sociale, destinato a realizzare e perpetuare un ordinamento, senza nulla togliervi o aggiungervi”¹⁰.

Nel contesto del tecnicismo giuridico, la scienza processualistica risulta, altresì, fortemente orientata nel designare una concezione *esasperatamente normativa del processo penale*, inteso esclusivamente nella sua stretta regolamentazione legale: si consolida così una dogmatica autoreferenziale ed indifferente al rapporto dialogico rispetto ad altre discipline ed, *in primis*, al diritto sostanziale, affermando un metodo di indagine puramente logico-formale, volto alla ricognizione del dato positivo¹¹.

Al pari, la dogmatica penalistica si presenta come una scienza *tendenzialmente autopoietica*, incentrata sulle questioni inerenti il metodo scientifico e la legittimazione del diritto penale stesso rispetto al sapere giuridico, avulsa, altresì, dalla dimensione processuale: «La dottrina penalistica – almeno sino a non molto tempo fa – era solita affrontare il tema della pena prescindendo idealmente dal processo»¹², sostenendo come quest’ultimo fosse, in sostanza, una mera «“messa tra parentesi” che non incide significativamente sulla comprensione o sulla descrizione del fenomeno», così come, in

⁹ Cfr. NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia*, cit., p. 80.

¹⁰ Cfr. NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia*, cit., p. 80, nonché PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 81 ss. L’autore evidenzia come il tema del rapporto tra diritto e procedura penale sia pressochè inesauribile, perché «destinato a riproporsi – come i temi per così dire ‘classici’ – in ogni epoca, sotto angoli visuali diversi che rimettono in gioco questioni apparentemente sedimentate, ma in realtà solo sopite. Oggi la ripresa del tema assume il carattere di una rivisitazione della crisi in cui versa il nostro sistema punitivo; crisi che si esprime anche nel difetto di dialogo e nel latente conflitto che contrappongono diritto sostanziale e processo. A colpo d’occhio, si tratta di due metà di una sola mela, in cui però una metà – il diritto penale – è affetta dalla presunzione – magari non dichiarata, ma implicita – di rappresentare l’intera mela [...]; mentre l’altra metà, ma addirittura, un altro frutto (il processo nutre una vocazione, insana ma sostenuta dalla dilatazione insopportabile dei tempi che esso impegna, a costituirsi come “autonomo” sistema di controllo sociale coercitivo, in chiave sia preventiva che repressiva, nel quale il diritto penale è semplicemente uno strumento operativo)».

¹¹ Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 3 ss.

¹² Cfr. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, cit., p. 73.

ambito scientifico riguardo all'operatività della forza di gravità, non sia possibile prescindere dalle variabili del caso concreto¹³.

In tale contesto “culturale”, si collocano le riflessioni della “*Scuola bolognese*” che si è occupata, in prima linea, del recupero di una prospettiva metodologica trasversale, sottolineando l'importanza dello studio congiunto del processo e della pena, atteso che tali elementi “appartengono ad una sequenza, ad un insieme, per così dire, a due facce della stessa medaglia (rappresentata dal sistema punitivo), di cui [processo e pena] costituiscono poli dialettici indisciungibili”¹⁴.

In ragione del quadro sopra delineato, appare quanto mai opportuno riprendere le riflessioni sviluppate nel corso degli anni '80 intorno alla questione del metodo di studio della scienza penalistica per tentare di ritrovare la coerenza e l'univocità del sistema.

La necessità di un'indagine congiunta tra le due discipline risulta di fondamentale importanza in relazione agli istituti costruiti fisiologicamente, a cavaliere tra la dimensione sostanziale e la dinamica processuale.

¹³ Cfr. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, cit., p. 73, in cui l'autore, riprendendo la metafora fisica, spiega come se “la palla scivola su di un piano perfettamente liscio, l'aria è immobile; ma se il piano è ruvido e accidentato, o l'aria agitata da un vento impetuoso, i conti non tornano. Così è anche per la pena”.

¹⁴ Cfr. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 957. Della “*Scuola bolognese*” ne parla NOBILI, in *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia*, cit., p. 80 ss., in cui l'autore ricorda lo sforzo dogmatico e l'attività di coordinamento della “Scuola” del Prof. Franco Bricola: come è noto, infatti, “Franco Bricola raccolse attorno a sé, a Bologna un'assai ampia schiera di cultori, dediti a varie branche del diritto (a partire, è ovvio, da Sandro Baratta, condirettore della ricerca stessa)”. Nobili continua, ricordando che «L'esperienza d'allora rivive intensa, come in un *flashback* di gruppo. Massimo Pavarini lo indica come costituito “dai migliori cervelli di quella generazione, da “Amodio a Violante, a Tarello; da Marinucci, Coppi, Padovani, Pulitanò, a Mereu, Luigi Ferrajoli, Sbriccoli; nonché via via: Cattaneo, Bruti Liberati, Calvi (sia Alessandro, sia Guido), Grevi, Chiavario, De Giorgi, Martucci, Gaetano Pecorella etc.”». Cfr. NOBILI, *Il processo e il diritto*, cit., pp. 64-65. Secondo Pulitanò, inoltre, il processo «ha da tempo abbandonato (se mai lo ha assunto) il ruolo dimesso e discreto che il dogma della strumentalità pretendeva di assegnargli. Esso ha assunto storicamente una funzione in varia guisa ma necessariamente selettiva rispetto alle inosservanze immesse nel suo circuito, trasformandosi in “servo loquace”. Il ciclo della produzione giuridica si è stabilmente insediato anche (e talvolta soprattutto) all'interno dei meccanismi giurisdizionali, attribuendo al processo il ruolo di “socio paritario”». In altri termini, «il processo penale non è un servo di condizione servile e subalterna. È un servo gentiluomo, un collaboratore necessario di pari dignità, ed interessato ai medesimi valori che interessano il diritto sostanziale, servitore anch'esso di quei valori [...] di legalità, sia pure, ovviamente, con competenze diverse, entro un'impresa estremamente sofisticata che aspira non solo alla “legalità”, ma anche alla “razionalità” e alla “giustizia”». È possibile infatti affermare pacificamente che “Il processo ha acquistato tanta importanza rispetto al diritto sostanziale al punto da non potersi più concepire una definizione realistica della responsabilità penale che prescinda dal processo”. Cfr. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 957.

Una proposta di metodo viene suggerita da una parte della dottrina che, prendendo le mosse dalla problematica della c.d. “giustizia penale negoziata” (*id est*: istituto del patteggiamento, *ex artt.* 442 c.p.p. ss.) avanza un’idea di metodo trasversale e univoco per entrambe le discipline, ritenendo infatti che “un contributo al dialogo possa essere offerto da una prospettiva che cerchi di riconoscere e penetrare, per quanto possibile, entrambe le istanze [...]”¹⁵. Le condizioni metodologiche di tale ricerca stanno dunque “nel dotarsi di uno sguardo per certi versi ‘nuovo’, capace di intersecare i piani e di farli comunicare, senza sopprimere la componente valutativa o ridurre a zero le incongruenze e le antinomie, ma anzi denunciandole e problematizzandole ogni volta che non siano riconducibili a una superiore unità”¹⁶.

Tale metodo, mutuato dal lessico filosofico, è di tipo *trans-azionale*¹⁷: secondo le riflessioni di alcuni filosofi e, in particolar modo, di Dewey e Bentley, la ricerca scientifica ed i modi del *conoscere* dovrebbero privilegiare un metodo di analisi dinamico, orientato all’individuazione delle relazioni e reciproche interconnessioni tra principi e assunti al fine di individuare categorie ulteriori, ovvero porre in discussioni le precedenti, o, ancora, evidenziare i punti comuni, le differenze, le antinomie, *etc.*, atteso che “in qualunque genere di ricerca dobbiamo tener presente che le realtà che studiamo sono strettamente interdipendenti ed interconnesse, non solo fra loro ma anche con altri aspetti del reale, lasciati necessariamente ai margini dell’indagine in atto”¹⁸.

¹⁵ Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 4.

¹⁶ Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 5.

¹⁷ Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 4 ss. Secondo l’autore è possibile applicare il metodo *trans-azionale* alla scienza penalistica, prendendo le mosse dalla riflessione dei filosofi Dewey e Bentley, i quali teorizzarono in origine tale tipo di approccio di ricerca per il pensiero filosofico e per l’indagine della conoscenza, in generale: essi individuarono tre tipologie di metodo, ognuno dei quali afferenti a un modello di scienza. Il primo, definito anche *auto-azionale* (*self action*), esprime la visione della realtà tipica del pensiero Aristotelico, in cui i singoli principi vengono trattati come assiomi statici, immutabili ed assoluti; il secondo modello viene definito *inter-azionale* (*inter-action*) e si riferisce al metodo scientifico elaborato progressivamente dagli studi di Newton e Galileo, i quali iniziarono a mettere in discussione la realtà così come concepita dai propri predecessori. Solamente, però, il terzo approccio di ricerca, riferito al lavoro dello scienziato Einstein, è in grado di rivedere radicalmente l’impostazione tradizionale della scienza, concependo la realtà in una dimensione dinamica, in continuo sviluppo ed evoluzione. Per i riferimenti bibliografici, cfr. DEWEY-BENTLEY, *Conoscenza e transazione*, 1946, trad. it., MISTRETTA, Firenze, 1974, pp. 3-4; VISALBERGHI, *Il concetto di transazione*, in AA. VV., *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958, p. 271 ss.; ALCARO, *John Dewey. Scienza Prassi Democrazia*, Roma-Bari, 1997, p. 334 ss.

¹⁸ Cfr. VISALBERGHI, *Il concetto di transazione*, cit., p. 27, il quale evidenzia la validità del criterio *trans-azionale* sotto due profili: «1) in qualunque genere di ricerca dobbiamo tener presente che le distinzioni, determinazioni e specificazioni introdotte hanno valore “funzionale” rispetto ai problemi del caso e “non ontologico” (aspetto o modulo critico); 2) in qualunque genere di ricerca dobbiamo tener presente che le realtà che studiamo sono strettamente interdipendenti ed interconnesse, non solo fra loro ma anche con altri aspetti del reale lasciati necessariamente ai margini dell’indagine in atto (aspetto o

Applicando l'approccio *trans-azionale* alla scienza penalistica, è possibile cogliere le interconnessioni e le reciproche relazioni tra il *diritto penale sostanziale e la dinamica dell'accertamento processuale*: il diritto sostanziale non può prescindere dal processo, così come il processo è funzionale all'accertamento del diritto sostanziale, applicato al caso concreto. Privilegiando una visione univoca della scienza criminale, si possono, altresì, individuare ulteriori connessioni rispetto ad altre scienze, sia affini al diritto penale, sia appartenenti ad altre branche del sapere giuridico¹⁹.

Con riguardo alla prima tipologia di scienza corre il riferimento alla questione della c.d. *scienza penale integrata*, categoria dogmatica concepita dagli studiosi per evidenziare la stretta relazione tra il diritto penale e le scienze empiriche e sociali, in relazione allo studio della categoria della causalità (*id est*: la questione della copertura di leggi scientifiche, materia strettamente connessa allo studio scientifico della realtà e dei fenomeni causali), ovvero dell'imputabilità o della pericolosità sociale (*id est*: il

modulo descrittivo)». ALCARO, *John Dewey*, cit., pp. 338-339, in cui si sintetizzano gli aspetti del metodo transazionale: “1) rifiuto di considerare come sufficiente e adeguata la descrizione degli eventi prima dell'espletamento di indagini che osservino e tentino di descrivere i legami tra gli stessi; 2) consapevolezza della necessità di rideterminare e ridenominare nell'indagine gli eventi conosciuti e denominati prima di essa; 3) assunzione del presupposto che nessun fatto può essere specificato a parte dalla specificazione degli altri costituenti l'intera situazione che è oggetto di indagine; 4) rifiuto della pretesa di considerare organismo e ambiente come forme di esistenza separate; 5) adozione di una visione dinamica dell'esperienza e della realtà che consideri le cose nell'azione e l'azione come cosa; 6) superamento di ogni contrapposizione di soggetto e oggetto, anima e corpo, mente e materia, io e non io”. Per un approfondimento, cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., nt. 12, p. 8.

¹⁹ Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 7. Secondo l'autore un'affinità con i discorsi di Dewey e Bentley possono rinvenirsi nelle parole di PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficacia dei meccanismi processuali*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio, effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 73, nella misura in cui si afferma che: «La dottrina penalistica – almeno sino a non molto tempo fa – era solita affrontare il tema della pena prescindendo idealmente dal processo: come i fisici che, studiando il moto, non considerano l'attrito; o come i chimici che, nel descrivere una reazione, trascurano le eventuali impurezze delle sostanze che concorrono a determinarla. È una “messa tra parentesi” che non incide significativamente sulla comprensione o sulla descrizione del fenomeno sin tanto che l'attrito o le impurezze siano effettivamente trascurabili: la palla scivola su di un piano perfettamente liscio, l'aria è immobile; ma se il piano è ruvido e accidentato, o l'aria agitata da un vento impetuoso, i conti non tornano. Così è anche per la pena. Se il processo fosse una sollecita cinghia di trasmissione tra l'accertamento del reato e le sue conseguenze giuridiche, la riflessione dogmatica e politico-criminale potrebbe rinunciare a considerarlo. Ma se esso si prospetta come un meccanismo farraginoso e sconnesso che dilata abnormemente i tempi, distribuendoli in misura casuale, nessuna dogmatica e nessuna politica criminale avrebbero più senso razionale, “a prescindere” dalla lunghezza dei processi». Un esempio chiarificatore del *modus operandi* del metodo *trans-azionale* in ambito penale viene dato da FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 287 ss., per cui “attraverso la metafora euristica della ‘molecola criminale’, si imposta lo studio del crimine e del reato in maniera autenticamente *transnazionale*, indagando le reciproche interdipendenze tra gli ‘atomi’ del crimine, nell'ottica di una criminologia autenticamente umana”, cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., nt. 15, p. 9.

concetto di infermità di mente, questione a cavaliere con le neuroscienze e con la psichiatria e la criminologia)²⁰.

Un'ulteriore applicazione del metodo *trans-azionale* può essere rinvenuta nell'attuale necessità di confronto tra la scienza penalistica ed altri settori dell'ordinamento giuridico, come, *in primis*, le discipline pubblicistiche, tra cui diritto internazionale, costituzionale e comunitario: tanto più la scienza penalistica si presenta unitaria e coerente tanto più sarà proficuo il dialogo con le altre discipline. Una delle sfide attuali del diritto penale è rappresentata dall'interazione della materia rispetto a *standard* di tutela espressi da fonti di natura sovranazionale e dall'interpretazione evolutiva elaborata dalla giurisprudenza (su più fronti e livelli), secondo un approccio sempre più propulsivo e, talvolta, anche fortemente invasivo delle scelte di politica criminale: il quadro d'insieme a cui la scienza penalistica oggi deve fare riferimento è notevolmente complesso ed articolato su più fonti, con numerosi protagonisti. È evidente come un approccio *interdisciplinare* e *tras-azionale* possa condurre la scienza penalistica sia ad adeguarsi ai mutamenti in corso, preservando, tuttavia, la propria coerenza e sistematicità, sia ad evolversi verso ulteriori dimensioni, beneficiando del dialogo e confronto con altre discipline²¹.

²⁰ Per un approfondimento della questione della *scienza penale integrata*, cfr. *ex multis* BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in DI MEGLIO (a cura di), *La questione criminale nella società globale*, Atti del Convegno Internazionale tenutosi a Napoli dal 10 al 12 Dicembre 1998, Napoli, 1999; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 58; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., p. 20 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 104 ss., nonché da ultimi MOCCIA-CAVALIERE, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016.

²¹ Con la locuzione di metodo *tras-azionale* c.d. allargato, si vuole intendere una diversa e più ampia applicazione del medesimo metodo: se per Caputo il tipo di approccio *trans-azionale* è valido per lo studio dei riti alternativi e per la ricerca di una soluzione lineare e coerente con il sistema, compendiando sia il profilo processuale sia la dimensione sostanziale, si ritiene opportuno riprendere tale metodo anche per indagare, in generale, tutti gli istituti che si trovano necessariamente a cavaliere tra le due discipline (e, quindi, per quanto d'interesse, il rapporto tra il giudicato e l'esecuzione della pena). Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 3 ss. Si vuole dare, inoltre, un'accezione c.d. allargata per evidenziare come la scienza penalistica, ad oggi, non possa essere considerata una scienza fine a se stessa, ma vada studiata e ripensata necessariamente nell'ottica delle dinamiche attuali del sistema multilivello delle garanzie fondamentali: la scienza penalistica deve, quindi, instaurare un confronto altresì con le altre discipline del sapere giuridico, in ragione di una visione complessiva e lineare dell'ordinamento giuridico.

1.2. Dalla *trans-azionalità* alla *trans-(n)azionalità*. La nuova dimensione (europea) della scienza penalistica.

Lo studio della materia penale secondo il metodo *trans-azionale*, orientato alla ricerca delle connessioni e delle relazioni tra il diritto processuale ed il diritto sostanziale, e, diretto al potenziamento del dialogo, tra la scienza penale ed altre branche del sapere giuridico, risulta idoneo altresì a cogliere l'odierna dimensione del diritto penale, definita da Bernardi *supra-* o *trans-nazionale*²².

Con tale espressione si intende evidenziare la dimensione europea del pensiero penalistico: la scienza penalistica, infatti, non sarebbe più espressione del diritto positivo nazionale, quale sistema chiuso e "provinciale"²³, ma risponderebbe a dinamiche *flessibili* e, usando le parole di Delmas Marty, "fluide"²⁴.

Il fenomeno di "europeizzazione della scienza penale"²⁵ si spiega in ragione del mutamento dello scenario politico e del moltiplicarsi delle fonti di diritto: per

²² Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 54.

²³ Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 57; ID., *I tre volti del diritto penale*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, (a cura di) Picotti, Milano, 1999, p. 41. In senso analogo, DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543 ss.; ALBRECHT-BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 615; DONINI-TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, ivi, 2001, p. 29; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema pena europeo vigente*, Milano, 2007, p. 15 ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 3, p. 1146 ss.

²⁴ Cfr. DELMAS MARTY, *Le flou droit*, trad. it. Bernardi, (a cura di) PALAZZO, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, p. 7 ss.; ID., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*, (a cura di) Delmas-Marty, Parigi, 1989, p. 20 ss., per cui «[...] nell'ottica di una "teoria postmoderna" del diritto, Fiandaca e Musco hanno affermato che "la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso" sembra ormai da respingere, per "configurare in sua vece un sistema cosiddetto "a rete": costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità». Cfr., altresì, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 87. Per il riferimento agli autori Fiandaca-Musco, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27 ss.

²⁵ Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 53 ss. Per un approfondimento, cfr. anche RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di), Sgubbi-Manes, Bologna, 2006; AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, (a cura di), Grasso-Sicurella, Milano, 2007; AA.VV., *Per il rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, (a cura di), Grasso-Sicurella, Milano, 2009; AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, (a cura di), Manes-Zagrebel'sky, Milano, 2011, p. 1 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008; APRILE-SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; CANESTRARI-FOFFANI, *Il diritto penale nella*

tradizione, infatti, la dimensione garantista del diritto penale trovava il suo perno esclusivo nella Costituzione italiana (vedi, anche, ad es., il *Grundgesetz* tedesco ovvero la più recente *Constitución* spagnola), atteso che la Carta fondamentale rappresentava «la sublimazione liziana del codice penale “Magna Charta del reo”²⁶», visualizzandosi, altresì, come la più elevata “barriera della politica criminale”, valicabile “solo al prezzo della rottura di quel patto fondamentale sulle libertà dei cittadini che – secondo un assioma del costituzionalismo moderno – la mappa dei limiti della democrazia maggioritaria e dei vincoli che il legislatore deve rispettare anzitutto nel regolare i rapporti tra autorità/libertà”²⁷.

Il “garantismo penale” trova oggi ulteriori interlocutori al vertice, i quali, insieme alla Costituzione, rappresentano il substrato costituzionale dei diritti fondamentali della persona, non più appannaggio esclusivo della Carta costituzionale, ma espressione di un sistema europeo di Carte e di giurisdizioni: l’interpretazione propulsiva ed evolutiva delle Carte, ad opera delle Corti sovranazionali, in un rapporto dialogico – non sempre lineare – con le Supreme Corti nazionali, ha condotto alla progressiva formazione di uno *ius commune* europeo – il c.d. il *level playing field*, citando Manes²⁸ – in materia di garanzie e di diritti fondamentali.

La torsione della scienza penalistica a favore di una dimensione *trans-nazionale*, secondo la dottrina, emergerebbe da molteplici diversi fattori²⁹.

Un primo fattore sarebbe determinato proprio dal processo di affermazione, su scala europea, dei diritti umani, quali principi generali ed assoluti, «capaci di arginare il “relativismo” dei sistemi (penali) interni, e segnatamente di opporsi alle potenziali ingiustizie perpetrabili dal legislatore e dall’interprete»³⁰.

prospettiva europea, Milano, 2005, p. 325 ss.; MANACORDA, *Un bilan des dynamiques d’integration penale all’aube du Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et droit penal compare*, n. 4/2009, p. 927 ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2008, p. 412 ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlin/Heidelberg/New York, 2007, p. 81 ss.; SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2008, p. 3 ss.

²⁶ Cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 2.

²⁷ Cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., p. 2.

²⁸ Cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., p. 8.

²⁹ Cfr. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 87.

³⁰ Cfr. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 56. Per un approfondimento, cfr. MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milano, 1974; WELZEL,

L'internazionalizzazione dei diritti umani avrebbe segnato il recupero di una dimensione "giusnaturalistica" della tutela delle garanzie individuali, le quali preesisterebbero alle regolamentazioni particolari degli Stati nazionali e troverebbero la propria giustificazione direttamente "nel cuore e nella ragione dell'uomo"³¹.

La concezione antistatualistica dei diritti umani sarebbe da ricercare, non tanto nella radice filosofica degli stessi, quanto, piuttosto, nella derivazione di tali garanzie dal patrimonio culturale comune degli Stati europei; "tradizione rispecchiata prima dall'unità religiosa cristiana [...], poi dai principi liberali dell'epoca dei lumi, infine e più in generale da quei costumi, concezioni, modelli sociali ormai tendenzialmente omogenei in ambito continentale ancorché viepiù insidiati dall'evoluzione in senso multiculturalista della società occidentale"³².

Diritto naturale e giustizia materiale, trad. it., Milano, 1965; MAINHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, 1962; VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, Torino, 1989; ID., *Le origini ideali dei diritti umani*, in Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, p. 18 ss.; SALS, *Vers un droit commun europeen? Propos introductif*, in *Droit et Justice*, n. 33, 2002, p. 286 ss.; NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991; DIJON, *Droit naturel*, I, *Les questions du droit*, Paris, 1998; IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Princeton, 2001, trad. it., Milano, 2003, p. 27 ss.; ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, in IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., p. 143; CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti umani dell'uomo e il suo significato*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 38 ss.

³¹ Cfr. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 56. Cfr. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, (a cura di) Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 321; CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2005, cit., p. 6, l'autore si riferisce ai diritti umani come una "galassia" ideologico-normativa in rapida espansione. Per un approfondimento del tema da un punto di vista storico-filosofico, cfr. KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. fil. dir.*, LXIX, 1992, p. 3; HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), Roma, 1993, pp. 186-187; AYALA-LASSO, *The Universality of Human Rights*, in WARNER (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, The Hague/Boston/London, 1997, pp. 87-94; GADAMER, *Verità e metodo* (1960), 1965, 1972), Milano, 1997; WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press, Oxford, 1999, pp. 5-7; CHARNEY, *Cultural Interpretation and Universal Human Rights. A Response to Daniel A. Bell*, in "Political Theory", 27, 1999, p. 843; DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, 2000, pp. 254-259; NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti* (2000), Bologna, 2001, pp. 90-92; RIEDEL, *Universality of Human Rights and Cultural Pluralism* (1999), in ID., *Die Universalität der Menschenrechte. Philosophische Grundlagen. Nationale Gewährleistungen. Internationale Garantien*, hrsg. von Ch. Koenig und R.A. Lorz, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 176-182.

³² Cfr. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 56. Ricercando la genesi del fenomeno, l'*Encyclopedia of Human Rights* definisce i diritti umani come l'insieme di "principi e regole universalmente accettate che supportano la moralità e che permettono a ciascun membro della famiglia umana di realizzare il proprio potenziale e di vivere la vita in un'atmosfera di libertà, giustizia e pace. Essi includono sia i "tradizionali" diritti civili e politici che i diritti economici, sociali e culturali riconosciuti più di recente": il catalogo dei diritti umani, infatti, si è progressivamente arricchito fino a ricomprendervi sia i diritti di prima generazione (i diritti di libertà), sia di seconda generazione (i diritti sociali), nonché di terza generazione (classe multiforme in cui si segnala, per esempio, il diritto a vivere in un ambiente non inquinato), fino a prefigurare diritti di quarta generazione, che sorgerebbero in ragione del progresso. Cfr. LAWSON, *Encyclopedia of Human Rights*, Washington, II

Ulteriori elementi a sostegno della visione *trans-nazionale* della scienza penalistica vengono rinvenuti nella tendenza alla valorizzazione di ricerche di carattere storico e nell'enfaticizzazione di studi di natura comparatistica: il ricorso ad uno studio storico-comparato si rivelerebbe funzionale all'elaborazione di nuovi modelli giuridici, destinati ad essere trasfusi in sede di riforma del sistema penale³³.

ed., 1996, p. 1. La definizione dei diritti umani si presenta necessariamente come *self-expanding* e può includere diritti ancora in corso di scoperta e formulazione. Nei documenti degli organismi internazionali si usa quindi l'espressione "diritti umani" (*human rights, droit de l'homme, derechos humanos, droits de la personne, menschenrechte, etc.*) per indicare tutti i diritti e le libertà fondamentali della persona. L'aspirazione universale e la vocazione giusnaturalistica – intesa in un'accezione contemporanea – come riconoscimento di garanzie e di libertà appartenenti ad ogni uomo in quanto tale, senza distinzione di *status* civile o politico, rappresentano i connotati essenziali dei diritti umani di matrice internazionale. L'impostazione concettuale dei diritti umani in una dimensione universale e giusnaturalistica non è di poco conto, considerato che proprio su tali caratteristiche gli Stati europei – in seno al Consiglio d'Europa – hanno progressivamente fondato il sistema sovranazionale Cedu: la dimensione giusnaturalistica/universale finisce per divenire la giustificazione stessa dell'azione politica del Consiglio d'Europa, nella costruzione di organismi internazionali, privi di qualsiasi legittimazione democratica, la cui assenza verrebbe colmata dall'aspirazione universale della forma di tutela che simili trattati mirerebbero a garantire. Il preteso universalismo dei diritti umani rappresenta una delle questioni più dibattute – e ad oggi irrisolte – che animano il dibattito giustfilosofico. La più rilevante obiezione all'universalità dei diritti è data dall'esistenza del *pluralismo valoriale*, nonché dal *relativismo culturale* che contraddistinguono la società contemporanea. Una spiegazione dogmatica, volta al superamento di tale *empasse*, viene fornita da Isaiah Berlin, il quale accoglie un'idea di pluralismo basata "sulla dimensione oggettiva dei mondi valoriali", superando la concezione soggettiva di Weber, secondo cui, invece, il pluralismo risiede nella "diversità degli atteggiamenti valutativi e perciò si radica nella soggettività degli individui o dei gruppi". Il pluralismo, secondo l'autore, "si limita a negare un'unica morale autentica, o un'unica estetica, o un'unica teologia, e ammette valori o sistemi di valori alternativi ugualmente oggettivi", in altri termini, "il pluralismo – l'idea che fini ugualmente oggettivi siano tra loro incommensurabili, e qualche volta incompatibili – non è relativismo, né *a fortiori*, soggettivismo". Cfr. BERLIN, *Il legno storto dell'umanità*, London, 1990, trad. it. Milano, 1994, pp. 32 ss., cit. in MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 309. Il grado di universalismo dei diritti umani si dovrebbe, quindi, misurare nella prospettiva dell'effettività e della giustiziabilità: tanto più il sistema giuridico internazionale è in grado di riconoscere in modo effettivo le libertà fondamentali e di garantire, altresì, la più ampia possibilità di accesso alla giustizia in caso di violazione, tanto più sarà coerente la vocazione universale su cui il sistema stesso si fonda. Riconducendo i termini della questione sul piano politico e giuridico, è allora possibile condividere la posizione della dottrina che colloca il fondamento dei diritti umani sul piano della storicità: la *ratio* giustificatrice verrebbe ricercata, infatti, nella c.d. "memoria del male", in grado di conciliare il pluralismo culturale con l'universalismo, privo di qualsiasi accezione autoritaria ed imperativistica. La "memoria del male" rappresenta la fonte di riconoscimento di un nucleo minimo di diritti e di libertà fondamentali, la cui affermazione si è resa necessaria per il ripensamento degli errori storici e per la presa di coscienza della "negatività dei fatti, dalla condanna collettiva di atti e strategie pianificate di ingiustizia e di sopraffazione sistematica a destinatario individuale (si pensi alla tortura o ai trattamenti inumani o degradanti) o collettivo (si pensi ai crimini commessi contro intere categorie di soggetti o determinati gruppi etnici)". Cfr., *ex multis*, BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 21; CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 26.

³³ Come riporta Bernardi, quindi, «il nuovo impulso alla europeizzazione del diritto attraverso la storia mira a sottolineare il persistere di una tradizione comune, inscritta nella sostanziale identità culturale del vecchio continente, a stimolare la formazione di studiosi consapevoli delle loro ascendenze e propensi a favorire la rinascita, anche in ambito penale, di una scienza giuridica di respiro continentale. In questa prospettiva, i fenomeni di relativizzazione e frammentazione del diritto talora connessi proprio alla percezione di quest'ultimo in chiave "storico-culturale" tendono a svanire nella consapevolezza della specifica matrice "europea" delle grandi correnti del pensiero giuridico, della forza unificante esercitata su scala continentale da un comune sentire destinato a prevalere rispetto all'accidentale pluralismo delle

L'affinamento della sensibilità giuridica verso il metodo storico-comparato sarebbe un indice del mutamento del diritto penale, da una dimensione autoreferenziale e chiusa all'interno dei confini nazionali, ad una dialogica, orientata al "principio di apertura metodologica", verso la costruzione di concetti e di principi comuni e condivisi: in altri termini, verso l'elaborazione di un "diritto flessibile" (secondo la celebre espressione "le flou du droit")³⁴.

Altra manifestazione del processo di europeizzazione verrebbe desunta da una tendenza alla semplificazione delle scienze penalistiche nazionali, in ragione di un duplice ordine di motivi: (1) "quello di contrastare le crescenti discrasie tra teoria e prassi penale; (2) quello di facilitare il dialogo tra le dogmatiche dei Paesi europei in vista del ravvicinamento [...] dei rispettivi sistemi giuridico-penali, attraverso il ricorso

soluzioni nazionali». Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 71; nonché FORNASARI, *Sfide e conquiste della comparazione penalistica*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I Milano, 2006, p. 270. Sul punto altresì PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea* (a cura di) Canestrari-Foffani, Bologna, 2005, p. 325 ss.; SOTIS, *Il diritto penale senza codice*, cit., p. 40 ss.

³⁴ Cfr. DELMAS MARTY, *Le flou droit*, cit., p. 7 ss. Il ricorso al metodo della comparazione nello spazio europeo assume oggi un significato radicalmente diverso rispetto alla tradizione: una possibile ricaduta del metodo comparatistico viene letto come un potenziale rischio di perdita di "legittimazione del diritto nazionale vigente", nella misura in cui nel contesto europeo (connotato dalla libera circolazione delle persone e dei servizi e dall'assenza – quanto meno in teoria – di barriere culturali e pensato come un unico spazio territoriale) risulterebbe contraddittoria e verrebbe percepita in termini fortemente negativi l'adozione di una scelta normativa e punitiva divergente rispetto alle soluzioni degli altri Stati: «[...] è dunque la funzione di prevenzione generale cosiddetta positiva (o allargata) della norma penale a risultare intaccata, in quanto l'effetto di "orientamento culturale" che quest'ultima dovrebbe produrre rischia di venire neutralizzato dall'effetto di "disorientamento" causato dalle scelte sanzionatorie altrui, spesso avvertite da larga parte della popolazione come più congrue e intrinsecamente "giuste" rispetto a quelle espresse dallo Stato di appartenenza. Parallelamente, soluzioni divergenti tra gli Stati membri potrebbero tendere a compromettere anche la funzione specialpreventiva della pena. Potrebbe infatti riuscire difficile giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti giudicati pienamente legittimi secondo l'ordinamento di uno Stato caratterizzato da costumi sociali affini ai nostri». Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 75-76. Altro ruolo cruciale rivestito dal metodo comparatistico in ambito europeo viene individuato dalla funzione "creatrice" che tale metodo assume nel *modus operandi* delle due Corti europee per la risoluzione della questione concreta: le Corti, infatti, affidandosi al criterio del *maximum standard* ovvero alla teoria dell'orientamento prevalente (della c.d. *better law*), valutano le soluzioni normative di altri Stati, non solo per suggerire allo Stato in questione l'adozione di una misura piuttosto che di una soluzione, perché utilizzata dalla maggior parte degli Stati, nonché per incidere direttamente sul sistema giuridico sottoposto al suo esame, tramite il ricorso alla comparazione: nel caso, in particolar modo, del diritto comunitario, la comparazione entra nel "parametro di legittimità comunitaria" e, per effetto della decisione della Corte, incide direttamente sul sistema, decretando (in quanto elemento forte di argomentazione in tal senso) la disapplicazione della norma interna (valutazione operata appunto sulla base dei principi e dei diritti fondamentali dell'Unione, tra cui i principi comuni agli Stati). Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 75-76.

a categorie, regole, istituti improntati a “una grammatica giuridica” razionale, ma al contempo non troppo complessa”³⁵.

Il *file rouge* su cui costruire una “grammatica giuridica” razionale è rappresentato, quindi, dai diritti umani e dai principi costituzionali europei: l’interpretazione evolutiva delle Corti sovranazionali ha dato nuova linfa alle singole disposizioni pattizie, rendendole effettive e fonti primarie di tutela dell’individuo: da norme convenzionali di natura internazionale, quali argini delle atrocità della seconda guerra mondiale, nonché fonti programmatiche di collaborazione tra gli Stati a mantenere la pace e la sicurezza all’interno della cornice mondiale, a norme precettive in grado di scardinare il relativismo delle garanzie nazionali e rendere effettiva la originaria vocazione universale e “giusnaturalistica” dei diritti dell’uomo³⁶.

L’incidenza dell’“europeizzazione delle garanzie e delle libertà fondamentali” in materia penale, oltre ad essere un obiettivo auspicato da parte della dottrina, su cui costruire la scienza penalistica secondo una visione “eurocentrica”, è un fenomeno

³⁵ Cfr. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, p. 104. Un ulteriore fattore di europeizzazione, verrebbe individuato nella tendenza, riscontrabile a livello di politica comunitaria, di elaborare progetti di armonizzazione e di unificazione delle politiche criminali in Europa, ne sono esempi, il *Corpus iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea*, predisposto su impulso della Commissione europea e quello relativo agli *Europa Delike*. Per i riferimenti bibliografici, con riguardo al *Corpus iuris*, cfr. VERVALE, *Preface*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les penal*, Antwerpen/Groningen/Oxford, 2000, p. 191 ss.; DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994; ID., (a cura di), “*Corpus Juris*” *portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers dell’Union européenne*, Economica, Paris 1997; DELMAS MARTY-VERVALE (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford 2000; MORALES PRATS, *Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Union europea: reflexiones a proposito del Corpus Juris*, in *Revista penal*, 1999, p. 29 ss.; in relazione, invece, al secondo progetto, *ex multis*, cfr. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme in europaischen Strafrecht*, in *Festschrift Nishihara*, Baden-Baden, 1998, p. 496; DE ANGELIS, *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell’Unione europea: origini e prospettive*, Milano 2000 in Grasso (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, p. 351 ss.; GRASSO, *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, Milano 1999; ID., *Possibilità e limiti di un diritto dell’Unione Europea*, (a cura di) Picotti, p. 127; GRASSO-SICURELLA, *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003; SICURELLA, *Il Corpus juris: elementi per una procedura penale europea*, (a cura di) Grasso, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998.

³⁶ Secondo Manes merita un richiamo la metafora omerica di Ulisse e le sirene, già espressa da Elstner, con riguardo al costituzionalismo moderno: «[...] un po’ come l’eroe greco consapevole delle proprie debolezze, i legislatori nazionali – in Europa che andava costruendosi dalle macerie dei totalitarismi – hanno accettato di legarsi a vincoli che potessero sottrarli all’irrazionalità delle più diverse tentazioni illiberali, ed alle più variegata stagioni dell’emergenza che – ciclicamente – irretiscono le politiche punitive e hanno accettato di sottrarsi ad un diritto più alto e condiviso per riaffermarsi come “Stati di diritto”». Cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., p. 4. Per il riferimento alla metafora omerica, ELSTNER, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l’irrazionalità*, Bologna, 1983.

reale, tutt'ora in corso, dagli sviluppi incerti ed imprevedibili, che ha già interessato il sistema penale italiano, come la maggior parte dei sistemi giuridici europei, comportando dei mutamenti irreversibili sia della struttura del processo, sia delle singole categorie dogmatiche del diritto penale e dei principi cardine della materia, nonché del sistema sanzionatorio e della pena in generale³⁷.

1.2.1. *Le sfide del diritto penale sostanziale: il principio di legalità.*

L'esigenza di un ripensamento del metodo di indagine della scienza penalistica, si percepisce in modo evidente, nella misura in cui si analizza l'incidenza del sistema multilivello dei diritti umani sul diritto penale sostanziale³⁸.

Sul versante del sistema convenzionale, si registra una tendenza da parte della Corte Edu ad individuare delle nozioni e delle categorie penalistiche autonome, trasversalmente applicabili sia alle tradizioni giuridiche continentali sia ai sistemi di *common law*: i giudici europei, a più riprese, a partire dagli anni '70, si sono orientati verso l'identificazione di una nozione autonoma – di tipo sostanziale – di *materia penale*, ai fini della massima estensione delle garanzie convenzionali³⁹.

³⁷ Cfr. DELMAS MARTY, *Le flou droit*, cit., p. 7 ss.

³⁸ Come sostiene la dottrina, «Oggi il “garantismo penale” – in piena coerenza con uno sviluppo preconizzato dallo stesso Kelsen – fronteggia un nuovo, imponente protagonista di vertice, la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU): un patto per molti aspetti diverso e ben più coriaceo dei normali trattati internazionali che si sta imponendo – *oltre* i codici, e *oltre* le carte costituzionali nazionali – come “terzo livello di legalità” per i 47 paesi del Consiglio d'Europa (un'area ben più vasta ed eterogenea di quella ritagliata dai 27 stati membri dell'Unione europea); come ulteriore e massimo livello di “sacralizzazione delle garanzie”, che non costituisce semplicemente il riverbero di un ordine superiore, ma piuttosto di deposito valoriale sedimentato e condiviso in un lungo percorso di civilizzazione, un “denominatore costituzionale comune” il cui “nucleo duro” è ormai sottratto alla disponibilità dei singoli Stati». Cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., pp. 3-4. Come sottolinea, inoltre, Zagrebelsky, «La nozione di “legge”, come d'altronde quella di “materia penale”, nella giurisprudenza della Corte europea appartiene alle “nozioni autonome”, elaborate dalla Corte ai soli fini dell'applicazione della Convenzione. In ordine ad esse occorre richiamare l'attenzione sul fatto che nella giurisprudenza della Corte europea non v'è alcuna pretesa che le nozioni autonome da essa elaborate siano migliori, più rigorose o aggiornate rispetto a quelle prodotte e utilizzate in sede nazionale. L'unico scopo che muove la Corte europea – e ne delimita la legittimazione in proposito – è di identificare nozioni utili al fine dell'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo il suo oggetto e il suo scopo». Cfr. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 75-76.

³⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 23 novembre 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, § 82, in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla violazione e, quindi, sulla stessa applicabilità delle garanzie processualpenalistiche previste dall'art. 6, § 1 Cedu ai procedimenti disciplinari nei casi di cinque militari olandesi: solo nel caso dei ricorrenti Wit, Dona e Schul la Corte ha riconosciuto la violazione della norma convenzionale, attesa la maggiore severità della sanzione disciplinare potenzialmente applicabile. Sulla tematica, cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 168

La nozione di *reato*, in particolar modo, è stata ricostruita sulla falsariga dell'interpretazione del concetto di *accusa in materia penale*, propria dell'art. 6, § 1 Cedu⁴⁰. Secondo l'interpretazione convenzionale, non vi sarebbe coincidenza tra *materia* e *diritto penale*: la dottrina ricostruisce il rapporto tra diritto penale e materia penale in ambito europeo come un'intersezione di due centri concentrici, atteso che la *materia penale*, oltre che tutti gli elementi tipici del diritto sostanziale, ricomprende, altresì, i profili procedurali⁴¹. La Corte e la Commissione d'Europa hanno, infatti, delineato il significato di *materia penale*, riferendosi, di volta in volta, sia ad illeciti, sanzioni ovvero procedimenti⁴².

Dalla sentenza *Engel e a. c. Paesi Bassi*, la Corte ha individuato tre indicatori per determinare se un illecito, una procedura o una sanzione, diversamente qualificati dallo Stato, possano rientrare nella nozione di *materia penale*: tali requisiti sono

ss., nonché ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 45 ss.; GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 47; MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in *Tratto di diritto penale. Parte generale, I, Il diritto penale e la legge penale*, (a cura di) Cadoppi-Manna-Papa-Canestrari, Torino, 2012, p. 426 ss.; BERNARDI, sub art. 7 – *Nessun pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, p. 256 ss.; MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (a cura di) Bartole-De Sena-Zagrebel'sky, Padova, 2012, p. 259 ss.

⁴⁰ Per la giurisprudenza europea, infatti, anche la nozione di “accusa penale” riveste un ruolo autonomo ed indipendente rispetto alle singole tradizioni nazionali. L’“accusa” penale, nel senso della Convenzione, va intesa come la notifica ufficiale, promanante dall'autorità competente, della contestazione di un'infrazione penale, che può avere ripercussioni importanti sulla situazione dell'accusato. Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 18 febbraio 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 21 giugno 1982, *Eckle c. Germania*. Sulle connessioni sostanziali del principio (processuale) della presunzione di innocenza di matrice convenzionale, cfr., per tutti, ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza della Cedu: profili sostanziali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 377 ss.

⁴¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 23 novembre 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, cit. In senso analogo, cfr. C. eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, § 53, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss. con nota di PALIERO, “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in cui i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la natura penale di una *Ordnungswidrigkeit* prevista dall'ordinamento tedesco in materia di circolazione stradale, dal momento che, nonostante la riforma di depenalizzazione del settore e la modesta entità di sanzione pecuniaria comminata in tali casi, la Corte ha ritenuto che permanesse un carattere “repressivo e preventivo” della sanzione tale da essere suscettibile della copertura delle garanzie penalistiche. In senso analogo, cfr. C. eur. dir. uomo, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*.

⁴² Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 443.

identificati nel (i) diritto nazionale, (ii) nella natura del fatto o del comportamento vietato, (iii) nello scopo e nella severità della sanzione⁴³.

Come è noto, l'indicatore del diritto nazionale è sicuramente il meno attendibile, trattandosi, invece, di un punto di partenza, in base al quale indagare se l'etichetta formale attribuita dal legislatore nazionale possa rispecchiare effettivamente una disciplina normativa disciplinare o amministrativa ovvero, al contrario, celi una responsabilità di natura penale⁴⁴. I criteri discretivi della natura e della severità della sanzione rappresentano la cartina tornasole, in forza della quale la Corte – nell'*affaire*

⁴³ Cfr. C. eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, *Campbell e Fell c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo *Albert e Le Compte c. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 22 maggio 1987, *Demicoli c. Malta*. Secondo Zagrebelsky, la nozione adottata dalla Corte europea non considera, quindi, «il requisito dell'origine parlamentare espresso dal principio di riserva di (stretta) legalità della materia penale nel sistema costituzionale italiano. Di conseguenza, ai fini della Convenzione e nella giurisprudenza della Corte europea, non rileva il problema dei rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie nella definizione del fatto di reato. Non vi è chi non veda la perdita che viene così ad aversi a livello della protezione europea rispetto al significato (non importa qui quanto enfattizzato o distaccato dalla realtà) della riserva di “legge parlamentare” stabilita in sede nazionale. Essa non riguarda l'esigenza di certezza (un regolamento può ben essere più definito e certo di una legge), ma la garanzia offerta dall'istituzione parlamentare e dalla sua procedura. In ordine alla previsione costituzionale, comprensiva della riserva di legge e dei principi di legalità, determinatezza, tassatività e irretroattività, è stato messo in rilievo che l'unica ragione che giustifichi “la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività del potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non arbitrariamente, ma per il suo interesse”. Il dibattito parlamentare consente alle minoranze di far valere la loro opinione. Contro la possibilità di riconoscere un potere normativo all'esecutivo in materia penale si osserva che l'esclusione del potere esecutivo si giustifica nel quadro del sistema italiano, perché la riserva di legge è posta anche a tutela della libertà personale (art. 13 Cost.) e la nozione di “penale” rinvierebbe all'attuale o potenziale limitazione della libertà personale, come contenuto tipico delle sanzioni penali». Cfr. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., pp. 80-81.

⁴⁴ Trattasi, infatti, della c.d. “frode delle etichette” – così come definita da Marinucci –, in relazione alla qualificazione di una sanzione, sostanzialmente penale, come misura di sicurezza per arginare il divieto di irretroattività. Sul punto, la giurisprudenza europea ha applicato i criteri qualitativi sopra citati, per qualificare come penale, l'ipotesi di confisca per equivalente del profitto di reato di traffico di sostanze stupefacenti, previsto nell'ordinamento inglese con il caso *Welch c. Regno Unito* del 9 febbraio 1995 oppure la misura obbligatoria dell'espulsione dello straniero autore di reato dallo Stato, prolungando, altresì il divieto di reingresso, nella legislazione spagnola del 2003, con la sentenza *Gurguchiani c. Spagna* del 15 dicembre 2009, o, ancora, statuendo l'abolizione del termine decennale di durata massima della custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco, con la pronuncia *M C. c. Germania* del 17 dicembre 2009 e *Jendrowiak c. Germania* del 14 aprile 2011. Per quanto riguarda il versante interno, la Corte costituzionale, con la pronuncia 2 aprile 2009, n. 97, ha dichiarato infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 200, 322-ter c.p. e degli artt. 1, co. 143 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, la quale ha esteso la confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.* ai reati tributari, *ex d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, laddove – secondo il giudice rimettente – tale misura avrebbe avuto un'efficacia retroattiva anche per i reati commessi prima della novella. In tale pronuncia, la Corte costituzionale ha qualificato l'ipotesi di confisca per equivalente sopra citata come sanzione penale e, quindi, soggetta, al divieto di applicazione retroattiva; alle medesime conclusioni, è giunta la Corte anche nella pronuncia 4 giugno 2010, n. 196, in relazione alla confisca obbligatoria del veicolo, conseguente alla condanna per le contravvenzioni di guida in stato di ebbrezza e di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici, *ex art. 186 C.d.s.* Per un approfondimento, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, p. 572.

*Sud Fondi c. Italia*⁴⁵ – si è determinata nel qualificare come penale la sanzione amministrativa della confisca urbanistica e ne ha censurato l'applicabilità in assenza di una normativa idonea a fornire un concetto accessibile e prevedibile di abusività della lottizzazione ovvero, ancora, nell'individuare i presupposti del procedimento penale, anziché amministrativo nel caso della procedura dinanzi alla Consob, in materia di abuso di mercato, nel caso *Grande Stevens c. Italia*⁴⁶.

Un'ulteriore estensione della materia penale, si è avuta nell'*affaire Scopola* (n. 2) *c. Italia*, in cui i giudici europei hanno applicato la nozione estesa di materia penale alla norma processuale italiana in punto di riduzione della pena in caso di opzione per il giudizio abbreviato, ex art. 442, co. 2 c.p.p.: in tale ultima ipotesi, si è registrata un'evoluzione del principio convenzionale *nullum crimen sine lege*, ex art. 7 Cedu fino a farvi ricomprendere espressamente – con un *revirement* giurisprudenziale – anche il principio di retroattività della *lex mitior*⁴⁷.

L'evoluzione convenzionale del principio di legalità emerge in tutta la sua chiarezza nel successivo *case law Contrada* (n. 3) *c. Italia*, in cui la Corte Edu ha ricompreso nella definizione di legge, anche gli orientamenti della giurisprudenza⁴⁸.

La nozione di legalità penale in ambito convenzionale assume, quindi, una portata – per usare le parole di Nicosia – più “debole” rispetto alla tradizionale ricostruzione operante nei Paesi di *civil law*, atteso che la Convenzione non si riferisce *mai* al principio della riserva di legge, piuttosto che alla necessità di una fonte di diritto formale e scritta: la legalità convenzionale comprende, infatti, sia il diritto scritto sia quello non scritto, in ragione degli ordinamenti di *common law*⁴⁹.

Il *file rouge* seguito dalla Corte nell'affermazione del principio di legalità europea si basa, piuttosto, sulla c.d. *qualità della legge*, ovverosia sul requisito della *conoscibilità della norma penale*, intesa come *accessibilità* della disposizione

⁴⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, §§ 115-117.

⁴⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, definitiva dall'8 luglio 2014. La pronuncia citata verrà esaminata approfonditamente nel corso del prossimo capitolo (cfr., *infra*, p. 96 ss.), a cui si rimanda per la trattazione dei profili più problematici e per le note bibliografiche.

⁴⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Grande Camera, Scopola* (n. 2) *c. Italia*. Della pronuncia in esame, data la sua rilevanza centrale per il tema della ricerca, sarà dedicata un'apposita sezione, a cui si rimanda per le opportune considerazioni e approfondimenti, cfr., *infra*, p. 195 ss.

⁴⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada* (n. 3) *c. Italia*, definitiva il 14 settembre 2015. Medesime considerazioni per le pronunce citate nelle note immediatamente sopra: si rimanda, infatti, alla apposita sezione, cfr., *infra*, p. 219 ss.

⁴⁹ Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 168 ss.

incriminatrice e *prevedibilità* delle sue conseguenze sanzionatorie⁵⁰. Si predilige, altresì, l'uso del termine “diritto” (*law*), anziché di legge, più idoneo ad indicare come le fonti di produzione delle norme incriminatrici possano essere sia quelle legislative sia quelle di derivazione giurisprudenziale, imponendo, in ogni caso, le condizioni qualitative dell'accessibilità e della prevedibilità della norma⁵¹.

La sicurezza giuridica dell'individuo rispetto all'esercizio del potere punitivo dello Stato sarebbe assicurato secondo la Corte sia dall'opera del legislatore – in senso lato inteso – nell'ideazione di norme incriminatrici dotate dei requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità sia dal contributo del giudice, il quale rivestirebbe un ruolo fondamentale rispetto all'individuazione dell'esatta portata del precetto penale⁵².

La norma penale risulterebbe, quindi, costituita dall'insieme di due dati, uno legislativo, di per sé incapace di assicurare precisione assoluta e certezza, data l'astrattezza e la generalità della formulazione legislativa, ed il dato interpretativo fornito dai giudici⁵³.

⁵⁰ Criteri da valutarsi in relazione «al grado di pubblicità e di precisione delle norme rilevanti, tenendo in debita considerazione il numero e le caratteristiche dei destinatari – contemplando veri e propri “doveri di conoscenza” rispetto a determinate categorie di soggetti –, le specificazioni offerte dalla normativa di rango inferiore e, soprattutto, dalla prassi giurisprudenziale». Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 451.

⁵¹ Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., pp. 449-450.

⁵² La nozione di “diritto” (*law*) utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di “legge” che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende sia il diritto di origine legislativa sia quello di origine giurisprudenziale: entrambi devono possedere i requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità (cfr. C. eur. dir. uomo, *Kokkanikis c. Grecia*, 24 marzo 1993, §§ 40-41, indirizzo costantemente ribadito in *Protopapa c. Turchia*, 24 febbraio 2009, § 93 e *Schummer c. Germania*, 13 gennaio 2011, § 64). Si ritiene come la nozione convenzionale di “base legale” non possa essere sovrapposta né confondersi con il principio di riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost. L'esistenza di una base legale è inoltre strettamente funzionale alla garanzia della prevedibilità la cui portata dipende in larga misura dal contenuto del testo in esame, dall'ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. Il requisito della prevedibilità di una legge non conduce ad escludere che la persona interessata possa ricorrere alla consulenza di esperti per valutare le conseguenze che possono derivare da un determinato atto, cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 29 marzo 2006, *Achour*, § 54.

⁵³ Qualche precisazione anche con riferimento all'ambito di operatività del principio di determinatezza della fattispecie penale. Nel linguaggio della Convenzione il principio di determinatezza si iscrive in pieno nel principio di legalità e nella garanzia della prevedibilità. La legge infatti deve definire chiaramente i reati e le pene e tale condizione è soddisfatta laddove la persona sottoposta a giudizio sia in grado di sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, quali atti e omissioni implicino la sua responsabilità penale, cfr. C. eur. dir. uomo, *Kokkanikis c. Grecia*, § 52, cit.

L'accessibilità e la prevedibilità si riferiscono, non alla mera astratta previsione legale, ma alla norma vivente, quale risulta dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici nel caso concreto⁵⁴.

Riconoscendo alla giurisprudenza un tale ruolo di rilievo nella chiarificazione e nella precisazione delle disposizioni giuridiche, la Corte ha ravvisato la necessità di specificare come l'interpretazione convenzionale ad opera della giurisprudenza debba muoversi entro margini *ragionevoli*, ovvero sia attraverso (a) il divieto di applicazione analogica del precetto penale, oltre i limiti consentiti da un'interpretazione estensiva dello stesso e (b) la possibilità di una graduale chiarificazione della natura e della portata della norma incriminatrice, purchè il risultato interpretativo sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile⁵⁵.

Nell'*affaire Pessino c. Francia*, i giudici europei hanno riscontrato la violazione dell'art. 7 Cedu, in ragione dell'assenza di precedenti giurisprudenziali conformi che giustificassero la condanna del ricorrente per il fatto di aver costruito un immobile, nonostante l'ordine di sospensione del giudice amministrativo (fattispecie equiparata da parte della giurisprudenza all'ipotesi di assenza di un provvedimento da parte della pubblica amministrazione): la mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato avrebbe – secondo la Corte – reso impossibile, o quanto, meno difficile, per il ricorrente prevedere un *revirement* della giurisprudenza circa la responsabilità per il caso di specie⁵⁶.

⁵⁴ “In definitiva, il contenuto della norma [...] non è indicato unicamente dal diritto positivo, ma anche dall'insieme formato da quello e dalla prassi applicativa”. Cfr. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 150 ss.

⁵⁵ Cfr. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 150 ss.

⁵⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, §§ 35 ss. in cui la Corte, rilevando che lo Stato resistente non era in grado di produrre alcun precedente in cui la condotta del ricorrente fosse stata ritenuta integrante reato ed escludendo la possibilità di considerare implicitamente incluso il *sursis d'execution* tra gli atti il cui inadempimento veniva sanzionato penalmente dalla norma incriminatrice concludeva che il ricorrente non avrebbe potuto conoscere, neanche con l'ausilio di consulenze legali, l'illiceità penale del proprio agire, curandosi di precisare che neanche il disvalore penale del fatto sarebbe stato altrimenti percepibile, non trattandosi di reato a condotta pregnante e, così operando un *distinguishing* rispetto al caso dei *material rapes*. Tale orientamento è stato poi ripreso, in C. eur. dir. uomo, *Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24 maggio 2007, §§ 43, in cui la condanna di due impiegati bancari per corruzione passiva era stata giudicata illegittima poiché la Corte riteneva che, all'epoca della commissione dei fatti, gli istituti di credito non avrebbero potuto essere inclusi nelle tipologie di organizzazioni pubbliche allora elencate dal codice penale, data l'assenza di ogni precedente giurisprudenziale volto ad annoverare tra i funzionari pubblici gli operatori bancari; nonché *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, §§ 101 ss., con nota di ABBADESSA, *Una nuova violazione dell'art. 7 Cedu: la sentenza Liivik contro Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, p. 343 ss. In tali sentenze, si nota come l'approccio della Corte dimostri una capacità di adattamento tanto al paradigma della *law in the books* quanto a quello della *law in action*, permettendo la

Nel *leading case Kafkaris c. Cipro*, la Corte ha specificato, inoltre, che la prevedibilità del diritto debba essere assicurata, non solo sulla base delle applicazioni giurisprudenziali, ma anche considerando la prassi di altre autorità: il punto controverso riguardava il significato della pena dell'ergastolo, la quale era disciplinata ed eseguita da varie fonti, di rango diverso. In presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti e regolamenti penitenziari difformi, i giudici europei hanno affermato come la normativa cipriota, in relazione alla pena dell'ergastolo, non si presentasse sufficientemente chiara e precisa tale da consentire al ricorrente di comprendere quali fossero gli scopi della sanzione e le sue modalità esecutive⁵⁷.

Con la sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha altresì ricondotto all'interno della *materia penale* l'istituto penitenziario della *redención de penas por trabajo*, con cui si consente uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario⁵⁸: per effetto di un *revirement* giurisprudenziale – denominato *doctrina Parot* – del *Tribunal Supremo*, le modalità di concessione di tale beneficio mutano, dovendosi parametrare lo sconto di pena, non più sul limite edittale massimo di pena complessivamente irrogato, ma sulla base dei limiti di ciascuna pena⁵⁹. Sulla base di tale quadro, la Corte Edu ha dichiarato la violazione del principio di legalità *ex art. 7 Cedu*, nella misura in cui era stato applicato retroattivamente un mutamento giurisprudenziale peggiorativo ad un beneficio penitenziario – come la *redención de penas por trabajo* – che incide in modo significativo sulla pena e, come tale, avrebbe dovuto essere considerato coperto dai principi di natura sostanziale, quale, *in primis*, il principio di irretroattività della legge penale⁶⁰.

considerazione di una pluralità di fattori eterogenei di non riconoscibilità della norma". Cfr., sul punto, MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 453.

⁵⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

⁵⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, con nota di MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013. Per ulteriori approfondimenti, cfr. altresì, *infra*, p. 227 ss.

⁵⁹ Come è noto, la ricorrente era stata condannata, in separati procedimenti, per ventitré omicidi e diversi tentativi di omicidio, a pene che, sommate aritmeticamente, ammontavano a più di tremila anni di reclusione; limite edittale che le precludeva qualsiasi accesso al predetto beneficio. Cfr. MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

⁶⁰ Cfr. MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

Oltre alle riflessioni in punto di *nullum crimen sine lege*, la Corte Edu, nelle pronunce *Sud Fondi c. Italia*⁶¹, e *Varvara c. Italia*⁶², ha progressivamente individuato all'interno delle maglie dell'art. 7 Cedu anche il diverso ed ulteriore principio del *nullum crimen sine culpa*: nel *case law Varvara*, in particolar modo, i giudici europei hanno affrontato la questione della c.d. “confisca senza condanna”, ovvero sia l'ipotesi dell'irrogazione della misura di sicurezza, a fronte di una sentenza di proscioglimento dell'imputato per estinzione del reato per intervenuta prescrizione⁶³.

A fronte di un indirizzo interpretativo sufficientemente consolidato che qualificava la confisca urbanistica come “sanzione amministrativa obbligatoria”, indipendente non solo da una sentenza di condanna, ma anche dall'accertamento dell'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva, la giurisprudenza di Strasburgo ha ricondotto la misura in questione al novero delle “pene” ricavate da criteri sostanzialistico-funzionali, prescrivendo, altresì, che la misura fosse comminata con una sentenza di condanna, in conformità alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6 Cedu⁶⁴.

⁶¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, *Sud Fondi e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009, § 116: “In particolare, il ricorso seguiva all'imposizione della confisca prevista nella legislazione urbanistica in caso in cui gli imputati erano stati assolti *ex art. 5 c.p.* per mancanza dell'elemento soggettivo dovuta ad ignoranza inevitabile della legge penale, avendo essi costruito previo rilascio di taluni permessi amministrativi, risultati soltanto successivamente illegittimi in base ad una legislazione sul punto stratificata ed oscura”. Cfr. MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit., p. 456. In tale pronuncia si ha quindi una sorta di “rifrazione sostanziale del principio processuale della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 Cedu”: si fa riferimento anche alla sentenza *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, § 27 in cui si affermava che: “[Gli Stati membri] possono, in linea di principio e a determinate condizioni, rendere punibile un fatto obiettivo o materiale considerato in quanto tale, che derivi o meno da un'intenzione delittuosa o da una negligenza”. Per un approfondimento e, soprattutto, per l'esegesi di tale affermazione, cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 455. Nella pronuncia *Sud Fondi e altri c. Italia*, inoltre, per la prima volta, è stata riconosciuta la valenza convenzionale al principio di colpevolezza: nella motivazione della sentenza si legge, infatti, che «l'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale tra l'elemento materiale del reato e la persona considerata come l'autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di “personne coupable” (nella versione francese) sono nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato».

⁶² Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 ss., con nota di BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1396 ss.

⁶³ Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, cit.

⁶⁴ Come è noto, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui profili di legittimità costituzionale di cui 44, co. 2 del d.p.r. n. 380/2001, con sentenza 26 marzo 2015, n. 49, ha concluso per l'inammissibilità delle questioni proposte, precisando, come, pur riconoscendo la natura penale della confisca, sia ammissibile che la “confisca-pena” resti sottoposta a uno statuto differente rispetto alle altre sanzioni penali e che, in particolare, possa applicarsi anche in assenza di una sentenza di condanna “in

La giurisprudenza sovranazionale ha avuto un impatto significativo con riguardo anche alla sindacabilità delle stesse scelte di penalizzazione. Ruolo fondamentale è stato svolto dal sindacato di proporzione – definito *Übermassverbot* – il quale, nella sua portata valoriale, ha costituito inevitabilmente uno dei momenti di maggiore penetrazione del giudizio della Corte europea sulla politica criminale adottata da ogni ordinamento nazionale⁶⁵.

Un esempio significativo è dato dalla giurisprudenza della Corte in materia di equilibrio tra libertà di cronaca e tutela dell'onore nella quale si afferma, in via di principio, l'incompatibilità con l'art. 10 Cedu (in materia di libertà di espressione) di ogni reazione punitiva di tipo detentivo per il reato di diffamazione (in particolare, a mezzo stampa)⁶⁶.

Altrettanto rilevante, sempre inquadrato nel giudizio di compatibilità con l'art. 10 Cedu, è il recente caso *Belpietro* (ovverosia del noto giornalista italiano che aveva fatto ricorso alla Corte Edu, all'esito di un procedimento interno in cui era stato condannato, *ex art. 57 c.p.*, alla pena di quattro mesi di reclusione – sospesi condizionalmente –, oltre al pagamento delle spese processuali e dei danni in favore delle parti civili, in quanto direttore della rivista su cui era stato pubblicato un articolo ritenuto diffamatorio)⁶⁷, in cui la Corte, pur precisando che “una pena detentiva inflitta per un reato commesso nell'ambito della stampa fosse compatibile con la libertà di espressione giornalistica sancita dall'articolo 10 solo in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi”, ha concluso nel

senso stretto”: secondo la Corte costituzionale, infatti, il concetto di “condanna”, non deve essere inteso in un'accezione meramente formale, ma, piuttosto, valorizzando la sostanza della pronuncia che, di volta in volta, viene in considerazione. Alla nozione non formale di pena fa da *pendant*, di conseguenza, anche una nozione non formale di condanna: la sentenza che accerta la prescrizione di un reato, in effetti, “non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità”, che, anzi, si rende necessaria qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica. In ragione della riconduzione della confisca urbanistica alla *materia penale*, risultava, quindi, illegittima l'applicazione di una sanzione penale, che non fosse stata fondata su di un giudizio di colpevolezza “*consignée dans un verdict de culpabilité*”. Cfr. MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

⁶⁵ Appartengono a tale filone giurisprudenziale, in particolare, le pronunce *Leroy c. Francia*, 2 ottobre 2008; *Aktan c. Turchia*, 23 settembre 2008; *Orban e altri c. Francia*, 15 gennaio 2009.

⁶⁶ Orientamento di recente ribadito in *Sabanovic c. Montenegro e Serbia*, 31 maggio 2011.

⁶⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, §§ 60 ss., per un commento cfr. GIUFFRIDA-GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*. Rielaborazione della relazione svolta all'incontro tenuto presso la Corte di Cassazione il 29 ottobre 2014, dal titolo “Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo”, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015, p. 52.

senso di ritenere la pena della reclusione (per quanto condizionalmente sospesa), sommata alla riparazione dei danni per un importo totale di 110.000 euro, una forma di “ingerenza nel diritto alla libertà di espressione [...] non [...] proporzionata agli scopi legittimi perseguiti”⁶⁸.

Oltre ai tradizionali obblighi negativi, la giurisprudenza sovranazionale ha consolidato, nel corso degli ultimi anni, un filone interpretativo intorno alla definizione di ulteriori obblighi di tutela dei diritti fondamentali, espressi, però, in chiave positiva⁶⁹.

Partendo dall’art. 3 Cedu, la cui base normativa sancisce il divieto di tortura e di trattamenti e/o pene inumani e degradanti, la Corte Edu ha elaborato, in primo luogo, l’obbligo negativo da parte delle autorità di astenersi dal porre in essere maltrattamenti e/o trattamenti inumani sia all’interno dello Stato sia verso altri Stati, estradando o espellendo soggetti in Paesi *extra Cedu*⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, § 53. Di rilievo è inoltre la giurisprudenza della Corte europea in materia di rispetto della vita privata e familiare, *ex art. 8 Cedu*, che, nelle varie accezioni, di volta in volta elaborate, implica altresì il divieto di penalizzazione dei rapporti omosessuali valevole anche nei rapporti coi minori nella stessa misura in cui risultino leciti quelli eterosessuali. Si possono annoverare anche i limiti all’incriminazione, di cui all’art. 9 Cedu, delle condotte configuranti esercizio del diritto di obiezione di coscienza al servizio militare ovvero all’utilizzo dell’abbigliamento religioso in pubblico. Cfr., *in primis*, C. eur. dir. uomo, 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan c. Turchia*. Cfr. sul punto, BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 314 ss.

⁶⁹ Il tema degli obblighi di tutela penale, in effetti, non è nuovo nel dibattito penalistico ma, «indubbiamente, rappresenta un ribaltamento di prospettiva con un approdo ad esiti tradizionalmente rifiutati nella letteratura italiana, anche in una teoria costituzionale del reato “forte” come quella di Franco Bricola e che vanno ben oltre i limiti autoimposti dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza sulle cc.dd. “norme di favore”». Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 462. Per un approfondimento, cfr. per tutti, VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2657 ss.

⁷⁰ Cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 24 settembre 1993, *Herczegfalvy c. Austria*. Come riporta Viganò, «la Corte di Strasburgo fa propria una cruciale acquisizione della dottrina e della prassi costituzionalistica tedesca, alle quali si deve verosimilmente il maggiore approfondimento teorico di questo risvolto dei diritti fondamentali. Accanto al contenuto “classico” (a contenuto negativo), comunemente espresso dall’espressione *Abwerrecht* (che è nella sua essenza diritto “a non”: a non essere privato della vita, a non essere torturato, a non essere incarcerato, *etc.* da parte dello Stato stesso, tramite i suoi organi), ogni diritto esprime anche un contenuto deontologico ulteriore, che la dottrina esprime anche con l’espressione *Schutzpflicht* (“dovere di tutela”): il riconoscimento di un diritto fondamentale comporta cioè, a carico dello Stato, altresì il dovere di *attivarsi per tutelare* il godimento del diritto *contro aggressioni illecite da parte di terzi*, e correlativamente conferisce al singolo una *pretesa* a che lo Stato adempia diligentemente tale dovere». Cfr. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., pp. 248-249, per cui l’autore sostiene che: «Per molti versi analogo è il percorso compiuto dalla Corte di Strasburgo in materia di obblighi positivi, dove si è affermato anzitutto il dovere a carico dello Stato di assicurare all’individuo *una adeguata tutela preventiva contro aggressioni illegittime da parte di qualsiasi terzo*, ivi compresi gli stessi agenti statali.

Si sono ricavati, altresì, degli obblighi di natura positiva sia sostanziali sia procedurali, nel caso in cui l'autore del trattamento lesivo sia un privato, ivi compresi gli stessi agenti statali⁷¹: in tali casi, anche se lo Stato non è direttamente responsabile, esso mantiene, in ogni caso, l'obbligo, secondo un'interpretazione evolutiva dell'art. 3, in combinato disposto con l'art. 1 e 2 Cedu, di prevenire ed eventualmente sanzionare forme di violazioni convenzionali avvenuti tra soggetti privati⁷². Qualora lo Stato non sia stato in grado di evitare (a monte) la commissione di atti di tortura o maltrattamenti da parte delle proprie forze di polizia o da parte di privati, sorge, altresì, il dovere di

Tale dovere – che la Corte desume dall'obbligo, posto a carico degli Stati parti della Convenzione dall'art. 1, di tutelare (“*secure*”, nella versione inglese) i diritti convenzionali all'interno della rispettiva giurisdizione, e che discende comunque dall'esigenza di concepire la tutela dei diritti convenzionali non già come puramente declaratoria, bensì come “*practical effective*” – comporta più in particolare: – a livello *primario*, il dovere a carico dello Stato di conformare il proprio ordinamento giuridico in maniera tale da dissuadere i consociati dalla commissione di reati contro la vita, attraverso la predisposizione di un appropriato “*legal framework*” finalizzato a prevenire di sanzionare le violazioni delle norme relative; e – a livello *secondario*, il dovere delle autorità di polizia di prevenire nel singolo caso le violazioni del diritto fondamentale da parte di terzi (ivi compresi gli agenti della forza pubblica). Il che implica ad es., con riferimento specifico al diritto alla vita di cui all'art. 2, l'obbligo di predisporre adeguate *misure di tutela* delle persone riconoscibilmente esposte ad un pericolo di aggressioni da parte di terzi o comunque a rischi mortali non connessi a condotte intenzionali, nonché di organizzare e pianificare le operazioni di salvaguardia dell'ordine pubblico in maniera tale da *minimizzare i rischi* di uso della forza letale da parte degli stessi ufficiali». Oltre al richiamato art. 3 Cedu, sovrviene anche l'art. 2 Cedu con riguardo alla legittimità dell'uso della forza letale da parte delle forze di polizia. Con riferimento a tale profilo, la causa più importante riguardante l'Italia, è come noto, il caso Giuliani, su cui si è pronunciata la Grande Camera, con pronuncia del 24 marzo 2011 (ric. n. 23458/02).

⁷¹ Tali del resto, sono le indicazioni fornite dalle fonti internazionali: non si dimentichi che, ai sensi dell'art. 1 della *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti inumani e degradanti* (adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia nel 1988), il soggetto attivo del delitto di tortura sono proprio i pubblici agenti: ciò non significa, che i singoli Stati aderenti non possano prevedere uno *standard* più elevato, prevedendo un titolo di responsabilità più esteso, anche a soggetti privati (*id est*: organizzazioni paramilitari). Un'indicazione testuale viene anche dall'art. 5 della *Dichiarazione universale delle Nazioni Unite* del 1975, nonché da altre (numerose) convenzioni settoriali, sia universali, sia regionali, come, ad es., il *Codice di condotta delle forze dell'ordine*, predisposto dalle Nazioni Unite nel 1979, piuttosto che i *Principi di etica medica* del 1982. Cfr., per un riferimento bibliografico, *in primis*, COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801; ID., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2014, nonché PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2/2014, p. 129.

⁷² Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*; C. eur. dir. uomo, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia*: in tali pronunce, la Corte di Strasburgo, non solo è intervenuta sulla stessa legittimazione del ricorso al diritto penale per punire fenomeni di tortura, ma si è anche espressa sulla congruità della pena e sull'effettività dei rimedi interni (non risulta conforme all'art. 3 Cedu, in punto di rispetto degli obblighi positivi, la previsione di sole pene pecuniarie, non esigibili per il tramite della sospensione condizionale della pena e tempi processuali tali che portino alla prescrizione dei reati).

assicurare *ex post* un “ricorso effettivo” alla presunta vittima (*id est*: c.d. obbligo procedurale), ai sensi degli artt. 3, 6, 13 Cedu⁷³.

Sulla scorta di tale giurisprudenza, il 7 aprile 2015 è stata emanata da parte della Corte di Strasburgo un’importante pronuncia di condanna a carico dell’Italia⁷⁴, nel caso *Cestaro c. Italia*⁷⁵: come è noto, i fatti, di cui in sentenza, si riferiscono all’episodio avvenuto nella notte tra il 21 ed il 22 luglio 2001, all’interno degli edifici scolastici Diaz-Pertini/Diaz-Pascoli, ad opera delle forze di polizia contro i manifestanti del G8, che si stava celebrando in quei giorni a Genova. Con tale pronuncia, la Corte ha decretato la violazione dell’art. 3 Cedu sia sul versante sostanziale, rilevando come le lesioni subite dal ricorrente oltrepassassero la soglia minima di gravità, richiesta dalla stessa giurisprudenza convenzionale⁷⁶, ai fini dell’integrazione della tortura, sia sotto il profilo procedurale, atteso come fosse mancato lo svolgimento di un effettivo accertamento processuale interno da parte dell’autorità giudiziaria circa la responsabilità degli autori coinvolti⁷⁷.

⁷³ Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 29 aprile 1997, *HLR c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*; C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1999, *Messina c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 22 giugno 1999, *Rinzivillo c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 31 agosto 1999, *Di Giovine c. Italia*.

⁷⁴ Si ricorda che la pronuncia è divenuta definitiva il 7 settembre 2015, sancendo, per il caso del singolo ricorrente, un risarcimento in denaro, per la generalità dei casi un’imposizione di adeguamento dell’ordinamento rispetto alla previsione di una fattispecie penale *ad hoc*.

⁷⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, con nota di VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l’impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015.

⁷⁶ Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 25 novembre 1999, *Marincola c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 1 febbraio 2000, *Vincenti c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 10 maggio 2001, *Ze altri c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*; C. eur. dir. uomo, 1 giugno 2004, *Altun c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 28 giugno 2005, *Gallico c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, *Campisi c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia*.

⁷⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit. A completare il quadro degli obblighi positivi imposti al legislatore, si delinea anche il *dovere di incriminazione*: la mancata punizione dei responsabili individuati dalla Procura di Genova e dalle autorità giurisdizionali italiane – secondo i giudici europei – è dipeso dall’inadeguatezza del quadro giuridico di repressione della tortura nell’ordinamento italiano, che – in assenza di una norma incriminatrice *ad hoc* – ha agevolato l’impunità per gli autori, atteso che le condotte ad essi addebitate sono state qualificate semplicemente come reati comuni di lesioni, percosse, violenza privata, abuso d’ufficio *etc.*, rientrando quindi nei brevi termini di prescrizione previsti per tali reati, nonché nei benefici dalla legge n. 241/2006, in materia di indulto. Rilevato così un difetto strutturale nell’ordinamento giuridico italiano, la Corte ha concluso con lo stabilire una forma di ristoro per il singolo ricorrente, nonché sancendo la necessità che “l’ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili

In ragione del *dictum* europeo, il legislatore italiano ha formulato diversi progetti di legge, avanzando, di volta in volta, proposte di adeguamento dell'ordinamento interno alla sentenza Cestaro, con l'introduzione di un reato *ad hoc* di tortura – come, nell'ultimo progetto di legge n. 2168 del 2014, attualmente pendente al Senato⁷⁸, collocato, all'interno del capo III (del Libro II, titolo XII, sezione III), dedicato alla tutela della libertà morale dell'individuo, *ex art. 613-bis c.p.p.*, oppure, all'interno, del capo I sui delitti contro la vita e l'integrità individuale, a chiusura delle fattispecie di lesioni, *ex art. 583-quinquies c.p.p.*, così come auspicato da una parte della dottrina (oppure a chiusura della sezione stessa, ai sensi dell'art. 593-*bis* c.p., come nel progetto n. 979 del 2013)⁷⁹.

Sul versante comunitario, si osserva come la tradizionale ricostruzione della competenza dell'Unione in materia penale (sostanziale) in termini esclusivamente indiretti, per il solo tramite dello strumento della *direttiva*, risulta, ad oggi, quanto meno riduttiva e poco coerente con gli sviluppi evolutivi della giurisprudenza di Lussemburgo⁸⁰: se, infatti, *nulla quaestio* circa l'influenza della normativa europea in

di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 e ad impedire che costoro possano usufruire di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte”.

⁷⁸ Per un approfondimento sui progetti di riforma che si sono susseguiti negli ultimi anni, cfr. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014, nonché LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei “lavori in corso” anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, *ivi*, 28 febbraio 2016. Altri casi di cronaca che hanno attirato l'attenzione, sono stati i casi di Aldrovandi, Bianzino, Uva e Cucchi. Si preannunciano, inoltre, numerose situazioni simili, più o meno denunciate, cfr. sul punto MANCA V., *Lezioni di vita carceraria: “Galera, botte ed omertà”*. *Parte seconda*, in *Giurisprudenza penale web*, 23 aprile 2016.

⁷⁹ Il *punctum dolens* è dato dalla collocazione normativa della previsione: da una parte, si sostiene come il bene giuridico individuato sia rappresentato dalla dignità e dalla sfera dell'autodeterminazione del soggetto passivo (ecco, quindi, la collocazione all'interno del capo III); altri, invece, evidenziano come il bene primario vada individuato invece nell'integrità fisica e psichica e, quindi, una miglior collocazione della disposizione sarebbe da identificarsi con la chiusura del capo I, a delimitazione delle fattispecie di lesioni. Cfr. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, *cit.* Si deve dare atto, inoltre, come nel corso degli ultimi anni, si sia affinata altresì l'attenzione da parte del Consiglio d'Europa nei confronti della tutela delle vittime: con la legge primo ottobre 2012, n. 172, è stata, infatti, ratificata dall'Italia la *Convenzione di Lanzarote* del 25 ottobre 2007, in materia di protezione dei minori dall'abuso e dallo sfruttamento sessuale, da cui sono discese rilevanti modifiche sia per il diritto sostanziale sia per la parte processuale, così come in parallelo, si è potenziata la sensibilità giuridica anche delle politiche comunitarie sul tema: basta citare la direttiva 2012/29/UE che integra e riscrive lo *status* di vittima (e di vittima vulnerabile), con il potenziamento delle forme di protezione ad essa assicurate, all'interno e all'esterno del processo penale. Con il D.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, pubblicato sulla G.U. n. 3 del 5 gennaio 2016, l'Italia dà attuazione alle disposizioni comunitarie.

⁸⁰ Con il Trattato di Lisbona si abolisce la divisione in pilastri. L'abolizione del Terzo pilastro ha come conseguenza il passaggio della materia della giustizia e degli affari interni nell'alveo della procedura legislativa ordinaria. La competenza in materia di Spazio e di Libertà Sicurezza e Giustizia (denominato dalla manualistica, anche solo SLSG) spetta dunque congiuntamente agli Stati membri e

*bonam partem*⁸¹, maggiormente problematica è la questione dell'incidenza *in malam partem* sul diritto penale interno, quale effetto dell'interazione tra norma europea e statale⁸². Uno dei primi e più importanti casi si rinvia nella materia ambientale, sotto

all'Unione, ex art. 4 TFUE: l'art. 67, n. 1 TFUE sancisce che lo SLGS sarà realizzato dall'Unione "nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri". La Carta europea dei diritti fondamentali dell'Ue assume il carattere vincolante dei Trattati e con essa, in particolare, il principio di legalità enucleato ai sensi dell'art. 49. L'art. 68 TFUE attribuisce al Consiglio europeo il compito di fornire le linee di indirizzo politico e strategico, sia sul piano legislativo che operativo, per la realizzazione dello SLSG. Rimane immutato il ruolo dei Parlamenti nazionali, che possono esprimere una valutazione sulle proposte o iniziative legislative presentate riguardo alla cooperazione in materia penale e di polizia. L'art. 69 non menziona, invece, il Parlamento europeo conferendo ai soli Parlamenti nazionali il compito di proteggere le proprie competenze statali in determinati (e delicati) settori. La garanzia di sussidiarietà e democraticità delle suddette decisioni, anche in materia penale, risiede nella possibilità per uno Stato membro di sospendere l'adozione a maggioranza qualificata di una direttiva (c.d. "freno di emergenza"), qualora la stessa incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale, ex artt. 82, n. 3 e 83, n. 3 TFUE. Tali garanzie sarebbero tutelate anche dalla stessa fonte di armonizzazione: l'art. 83, co. 1 TFUE prevede infatti che "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni". Cfr. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del doppio testo e tutela degli interessi europei*, in Grasso-Sicurella, *Il Corpus Iuris 2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2008, p. 350, nonché SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze dell'Unione europea*, cit., p. 1146 ss. Le direttive, ai sensi dell'art. 288, co. 3 TFUE, vincolano lo Stato membro cui sono rivolte per quanto concerne il risultato da raggiungere, lasciandolo libero per quanto riguarda la scelta della forma e dei mezzi. Quanto all'art. 86 si precisa come tale norma conferisca al Consiglio, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il potere di istituire mediante regolamento una Procura europea competente a individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati, definiti dal regolamento istitutivo della Procura, che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Secondo una parte della dottrina, l'art. 86 potrebbe legittimare l'Unione, limitatamente allo specifico ambito di materia, ad introdurre regolamenti europei che, oltre ad istituire una Procura europea, contengano norme penali o fattispecie incriminatrici, con o senza l'indicazione del tipo e dell'entità delle sanzioni (Sul punto, cfr. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2013), aprendo così la strada ad una competenza legislativa "diretta" (Cfr. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2013) o "quasi diretta", fondata sull'art. 86 par. 2 e 4 (Cfr. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 332 ss.). Tale lettura, da cui deriverebbe una normativa unitaria in materia penale, è particolarmente problematica sotto il profilo della legalità, spingendo i più a preferire, anche in tale settore, una competenza penale indiretta da esercitarsi ex art. 325 TFUE, svincolata tuttavia dai limiti stabiliti nell'art. 83 TFUE.

⁸¹ Con riguardo all'incidenza del diritto comunitario *in bonam partem*, il riferimento corre immediatamente al caso El Dridi, che verrà esaminato puntualmente, nel proseguo della ricerca (cfr., *infra*, p. 161 ss.), nonché al caso, meno noto, dell'art. 4, co. 4-bis, legge n. 409/1981 che punisce la raccolta e la gestione delle scommesse da parte di soggetti privi di concessione ed autorizzazione di polizia. La Corte di Cassazione, dopo numerose traversie processuali, ha concluso nel senso che tale norma andasse disapplicata nei confronti di quei soggetti (ad es. *bookmakers inglesi*) che, per il principio dell'*home country control*, possono esercitare, in tutto il territorio europeo, la professione di gestione e raccolta delle scommesse. Sul punto, cfr. NATALINI, *Gli irrisolti contrasti tra la penalità interna e diritto comunitario: l'abusiva raccolta di scommesse e gli "arrocamenti" delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3121 ss.

⁸² Sul punto, si veda il caso della normativa in materia di divieto di pesca del novellame, dove la Cassazione, ravvisato un contrasto tra regolamento comunitario e (precedente) legislazione interna,

la vigenza del c.d. decreto Ronchi, d.lgs. n. 22/1997, per cui, se nella prima versione, risulta compreso nel novero della definizione di “rifiuto” il materiale suscettibile di riutilizzo, nel testo del d.l. n. 138/2002, invece, tale elemento rimane escluso, con un’evidente riduzione del penalmente rilevante⁸³. Per la giurisprudenza di merito, tale contraddizione testuale viene letta come una patente violazione delle indicazioni comunitarie, con la consequenziale disapplicazione della normativa (più favorevole) interna a favore della disposizione (più sfavorevole) europea: non dello stesso avviso, il Tribunale di Terni che, al contrario, sottopone la questione, per mezzo del rinvio pregiudiziale, direttamente alla Corte di Lussemburgo, la quale, nel caso *Niselli*, fa valere la prevalenza del diritto comunitario rispetto alla normativa interna contrastante⁸⁴. I giudici rimettenti, non ritenendo di aderire alla tesi della disapplicazione diretta della norma interna (e, segnatamente dell’art. 14 del d.l. citato), ricorrono alla Corte costituzionale (la quale, con ordinanza del 3 luglio 2006, n. 288

disapplicava il limite di tolleranza sancito dalla legge nazionale con effetti *in malam partem*: cfr. Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011). In particolar modo, la Corte osserva che quando la etero-integrazione della norma penale incide *in malam partem*, occorre distinguere il caso in cui la stessa influisce sulla definizione del fatto, da quello in cui, invece, opera sullo stesso precetto. Quando la normativa comunitaria specifica elementi della fattispecie già esaurientemente definiti nel nucleo significativo essenziale della legge penale (c.d. elementi normativi) e tale specificazione tecnica si pone in conflitto con la normativa comunitaria, il giudice è tenuto a disapplicare la disposizione contrastante con quella di fonte comunitaria e condannare in base alla norma incriminatrice. Per le norme europee immediatamente esecutive (regolamenti e direttive *self executing*), infatti, in caso di contrasto fra la normativa nazionale e quella europea, sarebbe quest’ultima a prevalere tramite la disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice di merito (che è anche giudice europeo) e la conseguente applicazione della normativa europea (in chiave scriminante) o della normativa nazionale (incriminatrice, se *in malam partem*), a sua volta derogata da un’altra norma illegittima. Come sostiene la dottrina, l’incidenza *in malam partem* della fattispecie si scontra con il principio della riserva di legge, pertanto, la condanna dell’imputato si deve sempre basare su disposizioni nazionali. E non solo. In caso di disapplicazione della norma interna più favorevole, la condanna dell’imputato deve pur sempre essere sorretta da una (più) stringente valutazione della sua colpevolezza. Una parte della dottrina aggiunge, inoltre, ulteriori limitazioni, precisando che “per valutare la legittimità delle ipotesi di effetti espansivi nelle quali la normativa comunitaria integratrice nazionale si sostituisca alla precedente disciplina (nazionale o comunitaria), oltre a valutare la natura della disciplina integratrice occorre anche valutare che la norma tecnica comunitaria sia stata emanata secondo lo stesso obiettivo e secondo i medesimi criteri tecnici di specificazione posti dalla legge nazionale: se vi è continuità tecnica, ma discontinuità nei criteri e negli obiettivi la sostituzione ad effetto espansivo sarebbe illegittima”. Cfr. SOTIS-BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011, nonché FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, (a cura di) Fondaroli, Padova, 2008, p. 17 ss.

⁸³ Secondo una parte della dottrina, la nozione di rifiuto sarebbe eccessivamente vaga e, quindi, insuscettibile di far scaturire conseguenze *contra reum*. Sul punto, cfr. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario. Parte prima*, in *Riv. it. dir. pen. economia*, 2005, p. 959 ss.

⁸⁴ Cfr. C. Giust. dell’Ue, 11 novembre 2004, *Niselli case 475/02*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 386.

rimette agli atti al giudice *a quo*, essendo nel mentre entrato in vigore il d.lgs. n. 152/2006 t.u. amb.): percorso interpretativo, peraltro, fortemente discusso in dottrina⁸⁵.

Questioni poi riprese nel caso del falso in bilancio: come è noto, l'art. 2621 cod. civ., nella sua pregressa formulazione, tutelava un bene giuridico di ampio spettro, di ascendenza comunitaria, come la trasparenza societaria⁸⁶. La nuova formulazione (ex artt. 2621 e 2622 cod. civ.), invece, prevedendo la perseguibilità a querela e soglie di punibilità, va a tutelare il bene giuridico del patrimonio, almeno nelle intenzioni del legislatore, riducendo le aspettative di tutela comunitarie⁸⁷. Si è sollevata, quindi, una serie di questioni di legittimità costituzionale e comunitaria (queste ultime sul presupposto della violazione dell'obbligo che i bilanci devono fornire una rappresentazione chiara e fedele della situazione economica e finanziaria della società)⁸⁸: la Corte costituzionale, prima, e la Corte di Lussemburgo (nella celebre sentenza della Grande Sezione 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*), poi, hanno ritenuto, rispettivamente, inammissibili ed irricevibili i relativi ricorsi⁸⁹. L'impossibilità di far

⁸⁵ Per una parte della dottrina infatti il ricorso alla Corte costituzionale si presentava come l'unica via percorribile, dal momento che se l'Unione non ha una competenza penale diretta, non è possibile che una sua fonte possa aggravare la responsabilità di un imputato; l'istituto della disapplicazione non è in grado di far rivivere la normativa illegittimamente abrogata. L'effetto *in malam partem* inoltre non può essere lasciato al singolo giudice, ma deve essere perseguito solo con un intervento della Corte costituzionale, mediante una pronuncia di accoglimento che, come noto, ha efficacia *erga omnes* (cfr. MANNA, *La nuova legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria e illegittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 759 ss.). Secondo un'altra parte della dottrina, invece, il ricorso alla Consulta avrebbe dovuto essere solamente eventuale, perché si trattava di disapplicare una norma richiamata da un elemento normativo, ex art. 51, co. 1 d.lgs. n. 22/1997): le direttive europee avevano infatti ricevuto espressa attuazione con il decreto Ronchi e la Corte di Giustizia dell'Ue si sarebbe pronunciata apertamente sulla contrarietà della legge di interpretazione autentica. A favore della disapplicazione si deve aggiungere che entrambe le norme, quella legittima, ai sensi del diritto dell'Unione e quella illegittima, sono allo stesso tempo vigenti, solo che la prima è paralizzata o derogata dalla seconda. Sul punto, cfr. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, FOFFANI, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in Bin-Pugiotto, Veronesi, *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 185 ss.; SALCUNI, *Il "canto del cigno" degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, p. 83 ss.; INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2002, p. 62; INSOLERA, *Sui giudizi di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sull'insindacabilità delle norme di favore?* in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 671 ss.

⁸⁷ Cfr. SALCUNI, *Il diritto penale europeo*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale I. Il diritto penale e la legge penale*, vol. I, Torino, 2012, p. 412.

⁸⁸ Cfr. SALCUNI, *Il diritto penale europeo*, cit., pp. 410-412.

⁸⁹ La Corte costituzionale infatti nel marzo del 2004 si pronuncia con una sent. n. 161/2004 e con un'ordinanza n. 161/2004 con cui archivia tutte le questioni rimesse alla sua valutazione, dichiarandole in parte inammissibili e infondate, rinviando a ruolo nuovo le cause relative al vizio di legittimità costituzionale comunitaria, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia. Per un approfondimento delle questioni, cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 104 ss. Secondo Sotis, inoltre, è possibile

rivivere una norma abrogata, anche se da una norma successivamente dichiarata incostituzionale, è opzione che la Corte costituzionale continua a mantenere, anche in una recente pronuncia n. 396/2006, dal momento che si salvaguarderebbero le prerogative del legislatore che ha, comunque, manifestato la volontà politica di abrogare una disposizione precedente.

Attualmente al vaglio della Corte costituzionale è rimesso altresì il tanto discusso caso *Taricco*⁹⁰.

Il caso origina dal rinvio pregiudiziale, sollevato dal giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Cuneo, alla Corte di Lussemburgo, in merito alla verifica della compatibilità del termine massimo di prescrizione, ex art. 160, co. 2, ultima parte c.p., tenuto conto degli atti processuali interruttivi, di cui all'art. 161 c.p., in relazione alla lotta contro le frodi fiscali (*id est*: "area PIF", ex artt. 101, 107-109, 325 TFUE, nonché in base all'art. 158 della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio europeo del 28 novembre 2006).

Nel caso di specie, si procedeva per il reato di associazione per delinquere allo scopo di commettere innumerevoli delitti fiscali in materia di IVA, tramite lo schema delle c.d. "frodi carosello"⁹¹. Il giudice, rilevando l'intervenuta prescrizione per uno

ricostruire la *ratio decidendi* della sentenza *Berlusconi e altri* della Corte di giustizia secondo tre ordini di affermazioni: (1) «il principio di retroattività favorevole fa parte delle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario" (punti 68-70 della sentenza); tuttavia rimane aperta, e in *limine litis*, la questione se questo principio dell'applicazione della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario, dato che la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto nell'ambito di procedimenti penali; (2) una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (punto 73 della sentenza); (3) una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni». Per l'autore dunque gli *affaires Berlusconi e Niselli* per certi versi sono uguali: entrambi i casi presenterebbero un'anomalia "triadica" in materia penale con effetto *in malam partem*. Lo scenario sarebbe lo stesso: una norma comunitaria obbligata; una seconda norma nazionale che, modificando la prima norma incriminatrice, porta con sé il duplice effetto di disattendere il vincolo comunitario e di restringere il penalmente rilevante. Le differenze, invece: (1) sulla norma comunitaria per quanto riguarda il *tipo di obbligo*; (2) sulla norma nazionale originaria per quanto riguarda il *tipo di adempimento*; (3) sulla norma nazionale successiva per quanto attiene al *tipo di inadempimento*.

⁹⁰ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 8 settembre 2015, *Taricco*, case C-105714, con nota di VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015.

⁹¹ Cfr. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015; ID., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'unione ed il diritto penale nazionale*, *ivi*, 30 marzo 2016; DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, *ivi*, 6 aprile 2016; CIVELLO, *La sentenza*

degli imputati e valutando come il termine massimo del decorso prescrizione fosse verosimilmente giunto a compimento in un arco temporale precedente alla conclusione dei tre gradi di giudizio, comportando così la prescrizione di tutti i reati contestati, ha sottoposto, in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, alla Corte di Lussemburgo la questione della compatibilità disciplina normativa della prescrizione in tema di atti interruttivi rispetto al perseguimento effettivo degli interessi dell'Unione⁹².

La Corte di Giustizia, aderendo alla ricostruzione processuale della disciplina della prescrizione, ha sancito come la normativa interna, prevedendo il termine, *ex art. 160, co. 2 ultima parte c.p.*, quale limite massimo, oltre il quale i singoli segmenti temporali, scanditi dagli atti interruttivi, che provocano il decorso temporale della prescrizione *ex novo*, non possano produrre ulteriori effetti e debbano essere, quindi,

“Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato, in *Arch. pen. web*, fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2015; DELLO RUSSO, *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, *ivi*; SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, *ivi*; MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, *ivi*.

⁹² Decisiva, ai fini della determinazione finale della Corte, è stata l'opinione espressa dall'Avvocato generale, Juliane Kokott, il 3 aprile 2015, la quale, riprendendo i principi consolidati in fatto di applicabilità diretta delle disposizioni europee, implicanti l'obbligo in capo al giudice ordinario di disapplicazione della norma interna incompatibile, estende la portata del proprio ragionamento anche nei casi in cui dalla disapplicazione della norma interna possa discendere per l'imputato un effetto sfavorevole in ordine all'allungamento del termine massimo di prescrizione, stante la disapplicazione dell'art. 160, co. 2, ultima parte c.p.: secondo l'iter argomentativo dell'Avvocato generale, tale conclusione sarebbe ammissibile – contrariamente al caso *Berlusconi*, in cui il *punctum dolens* era rappresentato dalla disapplicazione con effetti retroattivi di una fattispecie incriminatrice più grave rispetto a quella vigente – dalla circostanza che, nel caso *Taricco*, la disapplicazione avrebbe riguardato la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione che viene qualificata come condizione di procedibilità e/o perseguibilità dell'azione penale, con effetti squisitamente processuali (e non come un istituto di natura sostanziale) in conformità al *background* europeo per cui la prescrizione esula dal raggio di tutela sia dell'art. 49 della Carta sia dell'art. 7 Cedu. Per un approfondimento, cfr. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, nonché, *ivi*, MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, 6 maggio 2016, il quale si esprime in termini fortemente critici nei confronti della pronuncia europea, qualificata dallo stesso autore come “tanto eversiva quanto fragile”: l'autore, infatti, individua il punto nodale dell'argomentazione dei giudici europei, nella pretesa ricollocazione politica della potestà punitiva in seno al potere giudiziale e non più in capo al legislatore. Sulla base di tale premessa, l'autore condivide le censure sollevate dai giudici milanesi e dalla Corte di Cassazione sotto i profili dell'art. 3 Cost., nella misura in cui si ritiene violato il principio di uguaglianza e per connessione anche il principio di determinatezza di cui all'art. 25, co. 2 Cost. in relazione al criterio, poco definitivo, delle frodi “particolarmente gravi” concretamente suscettibili di essere ricondotte al regime prescrizione più severo; dell'art. 25, co. 2 Cost., almeno sotto tre profili del principio di irretroattività, in relazione all'immediata applicabilità della modifica alla disciplina degli atti interruttivi a fatti commessi prima dell'intervento della sentenza *Taricco*, al principio di riserva di legge in materia penale ed al principio di tassatività, nonché in relazione all'art. 101, co. 2 Cost. nella misura in cui la richiesta di disapplicazione passerebbe attraverso un vaglio di adeguatezza di tipo giudiziale e non più legislativo; dell'art. 27, co. 3 Cost. per l'evidente connessione tra prescrizione e funzione della pena; dell'art. 11 Cost. in relazione alla limitazione di sovranità dell'Italia discendente dall'adesione all'Unione europea in forza di precisi limiti e prescrizioni (individuate dagli Stati nei Trattati istitutivi dell'Unione stessa) in punto di (in)competenza diretta dell'Unione in materia penale.

ricondotti a tale termine complessivo, si riveli incompatibile con la politica finanziaria dell'Unione in materia di lotta alle frodi fiscali, nella misura in cui, da una parte, con la tale previsione, si finirebbe per avallare situazioni di sostanziale impunità, in contrasto con le esigenze di tutela dell'assetto finanziario dell'Unione e dall'altra, si configurerebbe così una duplice disciplina prescrizionale, più mite per i delitti in materia di IVA, a rilevanza europea ed una più rigorosa per analoghe fattispecie penali poste a tutela di interessi nazionali (*id est*: associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi, *ex art. 291-quater* d.P.R. 23 gennaio 1943, n. 436, facendo parte dell'elenco dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis* c.p., esclusi dai limiti prescrizionali di cui agli artt. 160, 161 c.p.)⁹³.

I giudici di Lussemburgo hanno fondato la propria legittimazione nel statuire direttamente in materia penale, non in ragione dell'art. 83 TFUE – il quale, come è noto, fonda la competenza dell'Unione ad incidere sull'assetto penale nazionale, unicamente attraverso il ricorso (indiretto) della direttiva, quale strumento di armonizzazione delle politiche criminale – bensì in forza dell'art. 325, co. 1 TFUE, per cui “l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”, nonché in forza del comma successivo, per cui “gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”⁹⁴.

⁹³ Cfr. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, p. 9, nonché EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2/2015, p. 40 ss., il quale si mostra fortemente critico nei confronti dell'impostazione seguita dalla Corte nella misura in cui si indica quale naturale interlocutore il giudice e non il legislatore ai fini della diretta disapplicazione della norma interna (“Sarebbe come, infatti, se una disposizione *interna* dicesse al giudice: *queste sono le norme legislativamente fissate in materia penale, ma ove tu, sulla base dell'esperienza che hai delle vicende giudiziarie, non le trovassi adeguate dal punto di vista dell'effettività applicativa (se non semplicemente dell'efficacia preventiva) disapplicale pure per le parti che ritieni di ostacolo*”).

⁹⁴ Cfr. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, cit., p. 9. In senso conforme, SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016: l'autore, infatti, pur muovendo dalla premessa per cui non ogni violazione del principio di legalità comporti necessariamente l'attivazione di contro-limiti costituzionali interni, ritiene che assegnare ad un giudice l'accertamento e/o l'interpretazione all'interno di un giudizio penale di uno *standard* che assurge a parametro di legittimità di una norma, con contestuale disapplicazione della disciplina interna (e con effetto espansivo della punibilità) non solo strida con l'art. 25, co. 2 Cost., ma anche con altri principi fondamentali a presidio della persona umana (tra cui, artt. 1, 2, 3, 13, 25, 27, 101 e 134 Cost.): in altri termini, tale operazione

La scelta argomentativa della Corte non è parsa casuale, atteso come, per il tramite dell'art. 325 TFUE, essa abbia potuto più agilmente giustificare la propria competenza diretta in materia penale: in virtù del riconoscimento della portata applicativa dell'art. 325 TFUE, la Corte ha preso come proprio interlocutore il giudice ordinario, *bypassando* il legislatore, dato che l'art. 325 TFUE non menziona lo strumento della direttiva e sembrerebbe esplicitare effetti diretti⁹⁵; il naturale destinatario non è più il legislatore, bensì il giudice ordinario, il quale viene chiamato a dare piena efficacia all'art. 325, co. 1 e 2 TFUE, disapplicando le disposizioni interne in materia di prescrizione⁹⁶.

Secondo la Corte, “una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi [...] è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFU” in due ipotesi (a) nella misura in cui “impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*” ovvero nel caso in cui (b) “preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, *termini di prescrizione più lunghi* di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”⁹⁷.

Non solo: la Corte rimette al giudice nazionale la valutazione dei criteri sopra elencati *sub* (a) e *sub* (b) in base ai quali procedere alla disapplicazione nel caso concreto: si è evidenziato come le indicazioni fornite dai giudici di Lussemburgo siano eccessivamente generiche, attribuendo un margine di discrezionalità al giudice ordinario

metodologica imposta al giudice interno dalla sentenza Taricco striderebbe “con il nucleo duro del volto costituzionale del diritto penale: il personalismo”.

⁹⁵ Cfr. C. di Giustizia dell'Ue, Taricco, cit.

⁹⁶ Favorevole, invece, ad un adeguamento interno alla sentenza Taricco, un'altra parte della dottrina, tra cui, *in primis*, PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, per cui non sarebbe necessario invocare i contro-limiti, atteso che, nel caso di specie, si richiama solamente la disciplina degli atti interruttivi (peraltro, assoggettati ad un prolungamento già ad opera della legge *ex Cirielli* del 2005): non viene, infatti, ad essere compromesso il nucleo essenziale delle garanzie assicurate dal principio di legalità in materia penale. L'autore, infatti, sostiene che: «La relativa estensione non è infatti determinabile a contrario per gli effetti *in malam partem* discendenti dalla pronuncia, ma solo dalla *ratio* di garantire al cittadino “libere scelte d'azione” al momento del fatto, allorchè deve poter confidare su incriminazioni conoscibili e sanzioni prevedibili, cui resta estranea la contingente efficacia degli atti interruttivi, dipendente comunque dalle accidentalità del successivo processo. Lungi dall'essere “eversiva” la sentenza della Corte, che demanda al giudice nazionale una comune applicazione del diritto interno in conformità al diritto europeo, rappresenta un forte rilancio penale europeo”. Sul punto, anche VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2012.

⁹⁷ Cfr. C. di Giustizia dell'Ue, Taricco, cit.

che confina con le stesse scelte di politica criminale e finendo così per alimentare, più che un'applicazione uniforme del diritto comunitario, un'interpretazione disomogenea e differenziata a seconda dell'orientamento soggettivo dell'organo giudicante⁹⁸.

Un tale disorientamento applicativo si è registrato nell'immediato con due pronunce della Corte di Cassazione⁹⁹, non perfettamente allineabili e sovrapponibili in fatto di esiti interpretativi della pronuncia Taricco e, con la posizione nettamente contraria, assunta dalla Corte di Appello di Milano¹⁰⁰, la quale, con ordinanza del 18 settembre 2015, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale, richiedendo alla stessa di opporre la teoria dei contro-limiti, nella misura in cui l'attuazione del *dictum* europeo confliggesse con il principio di legalità, *ex art. 25, co. 2 Cost.*, atteso che, per costante tradizione della giurisprudenza costituzionale¹⁰¹, nonché della dottrina maggioritaria¹⁰², la disciplina prescizionale avrebbe natura sostanziale e, quindi, soggiacerebbe al divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*¹⁰³.

⁹⁸ Cfr. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, cit., p. 9.

⁹⁹ Cfr. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016; GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale galluccio*, *ivi*, 3 marzo 2016; VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, *ivi*, 22 gennaio 2016.

¹⁰⁰ Cfr. Corte di Appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, con nota di FARAGUNA-PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016. Nonché, si veda la recente ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, della terza sezione della Cassazione con cui si torna nuovamente a sollecitare la Consulta ad azionare i contro-limiti contro gli obblighi declinati dalla Corte di Giustizia dell'Ue, nel caso Taricco.

¹⁰¹ Da ultime le recenti pronunce in materia di raddoppio del termine di prescrizione, con Corte cost., 28 maggio 2014, n. 143, con cui si è ritenuto irragionevole il raddoppio del termine prescizionale previsto per la fattispecie di incendio colposo: si è dichiarata infatti "l'illegittimità costituzionale dell'art. 157, co. 6, c.p., nella parte in cui ai precedenti commi del medesimo articolo sono raddoppiati per il reato di incendio colposo"; così anche Corte cost. n. 45/2015, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 159, co. 1 c.p., nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile". Cfr. sul punto DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015.

¹⁰² Sul punto, cfr., *ex multis*, MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 679; PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472; PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 78; BARTOLO, *Prescrizione del reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991; PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Digesto Pen.*, Aggiornamento, vol. I, Torino, 2000, p. 517. Per un approfondimento sulle posizioni della dottrina e sulle contestazioni sviluppate dalla corrente favorevole ad una qualificazione della prescrizione in termini processuali, cfr. FASSONE, *La prescrizione del reato: interventi possibili*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del convegno di studio "Enrico De Nicola", organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, 2002, p. 228.

¹⁰³ La natura sostanziale dell'istituto viene ben esaltata di recente da Romano B., il quale ricorda come la prescrizione si rinsaldi fortemente alla funzione della pena e, segnatamente, al finalismo

L'incerta applicazione della pronuncia europea ha prodotto i suoi effetti anche sul versante dogmatico, diviso tra posizioni sostanzialmente favorevoli alla piena esecuzione ad opera del giudice ordinario delle indicazioni europee, in virtù di una concezione squisitamente processuale della disciplina della prescrizione¹⁰⁴ ad opinioni più caute¹⁰⁵, in un'ottica di compromesso, diretto all'orientamento metodologico per il giudice nel caso concreto, quale possibile soluzione praticabile, ai fini del superamento dell'*empasse* generato per effetto della sentenza Taricco rispetto al principio di legalità

rieducativo della pena, di cui all'art. 27, co. 3 Cost., nella misura in cui «una condanna tardiva rischierebbe di essere costituzionalmente disarmonica; e addirittura illegittima la norma che la consentisse. A distanza di molti anni dalla commissione del reato, infatti, il condannato potrà essere un soggetto del tutto diverso da quello che lo aveva commesso; e persino la pena, a “caldo” ritenuta giusta, potrebbe essere letta come un sopruso dello Stato, una vendetta gustata a freddo». Cfr. ROMANO B., *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., p. 8. Allo stesso tempo, la prescrizione si cala inevitabilmente nel contesto processuale, non solo in termini positivi per l'imputato, nella misura in cui, come è noto, l'assoluzione per intervenuta prescrizione non viene dichiarata, ai sensi dell'art. 129 c.p.p. solo nel caso di condanna, ma anche di assoluzione, precisando, però, in tale caso, che l'assoluzione nel merito, in caso di prescrizione del reato è possibile solo “se l'imputato risulta colpevole del reato contestato al di là di ogni ragionevole dubbio”, ex art. 533, co. 1 c.p.p. Oltre a tali funzioni, la prescrizione si configura anche un istituto che delinea le scansioni del tempo processuale, fine che è stato, peraltro, espressamente inserito nella Costituzione, ai sensi dell'art. 111 Cost., all'interno dello schema ideale del “giusto processo”. Cfr. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14)*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015.

¹⁰⁴ Cfr. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?* cit.; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, cit.

¹⁰⁵ In termini critici, infatti, cfr., *ex multis*, MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza “Taricco”*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *SIDIBlog* (www.sidiisil.org/sidiblog/), 15 settembre 2015; CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rassegna tributaria*, 2015, p. 1554 ss.; PROIETTI, *Norme sulla prescrizione dei reati fiscali al vaglio della Corte di Giustizia europea: gli effetti dirompenti di una pronuncia di incompatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Boll. trib.*, 2015, p. 1677 ss.; AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 49 ss.; CAIANIELLO, Dum Romae (et Brucellae) Consulitur...*Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), p. 1 ss.; CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, 20 febbraio 2016; CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 2 ss.; MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 ss.; GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2016, p. 8 ss.; PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016, p. 78 ss.

ex art. 25, co. 2 Cost., 1 e 2 c.p., nonché in funzione delle garanzie individuali sottese al processo penale¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La via del compromesso sembrerebbe l'indicazione metodologica auspicabile, nella misura in cui, prendendo le mosse da una concezione processuale, non tanto della disciplina della prescrizione *tout court*, bensì solamente della parte riguardante gli atti prescrittivi – che si concretizzano pur sempre in atti processuali – si dovrebbe operare un distinguo tra i casi in cui la prescrizione sia già maturata ed i casi in cui sia pendente: nei confronti dei primi, risultando la prescrizione come “un diritto quesito” dell'imputato ed una garanzia ormai acquisita da parte dello stesso, non si dovrebbe addivenire ad una disapplicazione della norma interna, continuando la stessa a disciplinare la materia della prescrizione; nei confronti, dei secondi, dovrebbe invece essere disapplicati, laddove sussistano i requisiti della “gravità della frode”, nonché della perpetuazione di tali delitti “in un numero considerevole di casi”, gli artt. 160 e 161 c.p., con un consequenziale allungamento dei termini prescrizionali, anche se da tale operazione potrebbero discendere effetti sfavorevoli per l'imputato. Cfr., *ex multis*, VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA*, cit. In termini di compromesso, si esprimeva già, in prospettiva *de iure condendo* Ubertis nel 2010, per cui muovendo dalla distinzione tra “prescrizione del reato” e “prescrizione dell'azione”, quest'ultima funzionale alla tutela del diritto dell'indagato e poi dell'imputato alla ragionevole durata del processo, proponeva il mantenimento di una disciplina della prescrizione del reato imperniata sull'intero compasso temporale che va dalla commissione del fatto alla sentenza definitiva, affiancata però dall'introduzione, nel codice di procedura penale, di specifici meccanismi acceleratori del procedimento e del processo che consentano di evitare il fenomeno dei c.d. ‘tempi morti’, che sono all'origine delle violazioni del diritto alla ragionevole durata accertate a Strasburgo. Cfr. UBERTIS, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1016 ss. Il quadro delle proposte di riforma dell'istituto prescrizionale si è arricchito, negli ultimi anni di recenti ed innovativi approcci alla materia che, pur considerando essenziale una distinzione degli effetti prodotti sulla vicenda penale dal decorso temporale prima e dopo l'instaurazione del processo, esplorano la possibilità di tutelare *il diritto alla ragionevole durata del procedimento* con rimedi diversi (e meno traumatici) rispetto alla declaratoria di “prescrizione processuale”, o di “improcedibilità del procedimento”, richiamando l'attenzione – in particolare – sulla possibilità, ampiamente sperimentata in altri ordinamenti (come, ad es., in Germania), di riconoscere all'imputato condannato in esito a un procedimento protrattosi per una durata eccessiva *uno specifico ristoro*, consistente nella riduzione della pena inflitta, sulla base dell'assunto secondo cui un processo irragionevolmente lungo costituisce un'anticipazione della pena. In quest'ottica, alla prescrizione dovrebbe essere assegnata *una funzione esclusivamente sostanziale*, espressiva delle *rationes* tradizionalmente assegnate all'istituto (tempo dell'oblio, difficoltà di ricostruzione probatoria dei fatti, mutamento della personalità del reo e conseguente affievolirsi delle ragioni specialpreventive che giustificano la pena). Conseguentemente, il suo *dies ad quem* dovrebbe essere rappresentato dall'inizio del procedimento (o, al più tardi, dall'esercizio dell'azione penale, che esprime la scelta definitiva dell'ordinamento di attivarsi per la persecuzione del reato). Dopodiché, si porrebbe esclusivamente il problema di garantire il diritto dell'imputato alla ragionevole durata del processo: garanzia, di regola, ottenibile con il meccanismo di compensazione sul piano sanzionatorio di cui si diceva. In tale direzione, MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, pp. 207-211. Sostanzialmente nella stessa direzione, ma con maggiore ricchezza di dettagli, si muove la proposta di Viganò, che si articola attorno ai passaggi seguenti. 1) In primo luogo, andrebbero tenuti debitamente distinti gli effetti del tempo sulla vicenda penale, prima e dopo l'instaurazione del processo (come, peraltro, già proposto dai progetti di riforma fondati sulla distinzione tra prescrizione sostanziale e processuale). 2) Una volta individuata l'esigenza principale da preservare a procedimento avviato, ossia, quella del contenimento dei tempi processuali, la prospettiva qui in esame non opta però per la individuazione di due distinti compassi temporali con esito egualmente estintivo (l'uno volto a segnare il confine oltre il quale la persecuzione del crimine non può più dirsi opportuna, e l'altro finalizzato allo scopo di contenere l'*iter* processuale entro termini di durata che possano definirsi ragionevoli), ma limita di regola l'operatività dell'effetto estintivo prescrizionale alla fase anteriore all'instaurazione del procedimento penale. Se, infatti, viene riconosciuto il carattere fondamentale del diritto alla ragionevole durata del processo (proclamato sia in ambito nazionale che europeo), si ritiene altrettanto indispensabile che gli strumenti preposti alla tutela di tale diritto non assumano la veste di ostacoli alla realizzazione della altrettanto fondamentale esigenza di effettività della giustizia penale e di conseguimento degli scopi propri del processo: risulterebbe,

Per quanto si possa apprezzare lo sforzo concettuale della dottrina, limitando il *focus* della questione unicamente sulla disciplina degli atti interruttivi, è anche vero che la prescrizione si presenta come un istituto processuale a vocazione sostanziale (ovvero sostanziale con risvolti processuali), al pari delle riduzioni di pena nei riti alternativi e da ultimo del giudicato penale di condanna, nella misura in cui l'atto interruttivo, qualificabile come atto processuale che scandisce l'*iter* del processo penale, è pur sempre un mezzo con cui il processo incide fortemente sulla posizione sostanziale dell'imputato: qualsiasi sia la prospettiva dogmatica da cui si valuti la prescrizione, privilegiando la dimensione sostanziale (*id est*: istituto sostanziale con risvolti processuali) ovvero la componente processuale (*id est*: istituto processuale a vocazione sostanziale), essa rimane un istituto a cavaliere tra le due discipline e, pertanto, risente dell'applicazione sia delle regole processuali sia dei principi sostanziali, con una forte *ratio* garantistica, la cui valorizzazione, per costante tradizione, ha condotto la dottrina a collocare la prescrizione nell'alveo di tutela sia dell'25, co. 2 Cost. sia dell'2 c.p.¹⁰⁷.

piuttosto, necessario pervenire ad un adeguato bilanciamento tra questi interessi. Tale esigenza di preservare l'effettività del sistema penale si imporrebbe con particolare forza nel momento in cui si consideri come gran parte delle pronunce di estinzione del reato intervenute a processo avviato costituiscano una sorta di premio che, irragionevolmente, l'ordinamento finisce per riconoscere alle difese che si siano servite di strategie processuali di matrice dilatoria, allo scopo precipuo di lucrare il maturare del termine di estinzione. 3) Riguardo, poi, alle modalità scelte per garantire il rispetto del principio di ragionevole durata del processo, tale prospettiva si affida a un meccanismo di natura reattiva e compensatoria, rappresentato appunto dalla riduzione della pena, da attivare soltanto a posteriori, a fronte della constatata violazione del principio costituzionale. Analogamente a quanto accade nell'ordinamento tedesco, resterebbe poi ferma la possibilità – nei casi estremi di irragionevole durata del processo, tali da compromettere la stessa possibilità di garantire un processo 'equo' all'imputato – la possibilità per il giudice di emettere una sentenza di non doversi procedere "per irragionevole durata del processo". Sul punto, cfr. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit., p. 24 ss. Non trova, invece, consensi in dottrina l'idea della "prescrizione del processo": tale locuzione sembrerebbe concepire la prescrizione esclusivamente come istituto processuale che, in pratica, comporterebbe invece l'estrinsecarsi di effetti di natura sostanziale: "La prescrizione del processo penale implicherebbe la non punibilità dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto. Un effetto, dunque, sostanziale e definitivo, quali che siano le etichette e la collocazione legislativa. Un effetto sostanziale che si vorrebbe collegato ad interessi legati al processo, la cui natura è nascosta dall'etichettatura 'dogmatica'. Un esempio di scuola di come il linguaggio giuridico, con il suo ben intenzionato concettualismo, possa inavvertitamente produrre effetti da neolingua orwelliana, di riduzione dello sguardo sul mondo reale". Cfr. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 33 ss.

¹⁰⁷ Con riguardo alle proposte di riforma sulla prescrizione, in dottrina, è possibile tracciare nel corso degli anni due fondamentali linee di modifica: a) alla prima appartengono le proposte di riforma che restano fedeli alla scelta, operata dal legislatore con il codice Rocco prima e con la novella *ex* Cirielli in seguito, di strutturare la prescrizione unitariamente, e più in particolare attorno ad un unico compasso temporale che inizia dalla commissione del fatto di reato e si chiude con la pronuncia della sentenza che definisce il processo con forza di giudicato; b) alla seconda sono invece riconducibili le proposte di riforma che attribuiscono al decorso temporale un diverso valore e diversi effetti prima e dopo l'instaurazione del procedimento penale a carico del presunto autore del reato, distinguendo tra una prescrizione "sostanziale" (o "del reato") e una prescrizione "processuale" (o "dell'azione"), caratterizzate da distinte *rationes* e differenti modalità di funzionamento. Il primo modello è stato

È evidente come sia necessaria una presa di posizione della Corte costituzionale in ordine, in primo luogo, alla questione della riconoscibilità o meno in capo all'Unione di una competenza diretta in materia penale, nell'area "PIF", che si fondi, anziché sull'art. 83 TFUE, sull'art. 325 TFUE ed, in secondo luogo, sulla collocazione sistematica della prescrizione, in relazione ad una sua possibile disapplicazione *in malam partem*: saranno, quanto mai opportune, le indicazioni della Corte circa i criteri a

evidenziato da SILVANI, in *Il giudizio del tempo: uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, p. 392, il quale opta per il mantenimento dell'attuale fisionomia dell'istituto: il termine di maturazione della prescrizione decorre dalla data di commissione del reato e l'unico atto idoneo ad impedirne definitivamente il venire in essere è la sentenza che definisce, con forza di giudicato, il processo. In tale direzione, si sono mosse le proposte della Commissione Nordio del 2005, nonché il c.d. Progetto Mastella del 2007. Secondo una parte della dottrina, inoltre, si dovrebbe tornare al modello del codice Rocco (pre-riforma del 2005, "ex Cirielli"), con cui si prevedevano tempi diversi (più o meno lunghi) di prescrizione, differenziati sulla base di fasce di reati individuate avendo riferimento al massimo edittale di pena. Tesi salutata con favore da una parte della dottrina, cfr., *ex multis*, PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 522 ss. Accanto alle posizioni dottrinali e legislative più "conservatrici", che non si discostano dalla scelta di fondo, operata dal legislatore nel Codice Rocco e dalla successiva novella *ex Cirielli*, si registrano in numero sempre maggiore proposte di riforma più radicali dell'istituto, tutte riconducibili all'idea secondo cui sia necessario operare una distinzione tra gli effetti che possono riconnettersi al decorso del tempo, rispettivamente, *prima e dopo* l'instaurazione del processo penale. Si propone una distinzione di fondo tra "prescrizione del reato" e "prescrizione del procedimento": la prima, di natura *sostanziale*, destinata ad operare *prima dell'instaurazione del procedimento penale*, a partire da *dies a quo* rappresentato dalla commissione del reato; la seconda, di natura *processuale*, idonea ad estinguere il procedimento e l'azione penale (ove esercitata), e destinata ad operare, sostituendosi alla prescrizione sostanziale, *dopo l'instaurazione del procedimento o del processo*, con lo scopo di garantirne la ragionevole durata. In dottrina, cfr. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in *Convegni di studio Enrico de Nicola, Problemi attuali di diritto e procedura penale. Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 189 ss., per cui si afferma che «[...] un conto è, infatti, che il fenomeno estintivo si realizzi sul piano sostanziale quale riflesso della rinuncia dello Stato alla "pretesa punitiva", [...] allorché tale pretesa non sia stata esercitata, nemmeno attraverso l'attività d'indagine, entro un certo periodo di tempo dalla commissione del fatto [...]; altro conto, invece, è che il fenomeno estintivo si realizzi sul piano processuale, quale riflesso del decorso di un certo periodo di tempo, nonostante l'avvio delle indagini, il successivo esercizio dell'azione penale e la celebrazione del processo [...]». Non dissimile, la proposta di Giostra, secondo cui l'atto idoneo a costituire lo spartiacque tra i due meccanismi estintivi è *l'esercizio dell'azione penale*; per quanto riguarda, invece, il metodo di contingentamento dei tempi del processo, a differenza degli autori sin qui analizzati, egli propone *la fissazione di un termine massimo di durata dell'intero procedimento*, decorrente, appunto, dalla data di esercizio dell'azione penale. Laddove tale compasso temporale scada senza che venga pronunciata alcuna sentenza, il giudice dovrà dichiarare il *non doversi procedere per prescrizione del processo*; nel caso in cui, invece, prima della maturazione di tale causa estintiva venga emessa sentenza di primo grado o di appello, la disciplina sarà diversa a seconda che venga proposta impugnazione da parte del p.m. o dell'imputato. Nel primo caso, il termine di prescrizione continuerà a decorrere e, ove il giudice dell'impugnazione non decida prontamente, dovrà dichiarare il non doversi procedere; al contrario, ove a impugnare sia l'imputato, il termine di prescrizione del processo resterà sospeso, salva poi la facoltà dell'imputato di dogliarsi in sede nazionale o europea della irragionevole durata del processo e di ottenere, a fronte della accertata violazione, avanzando la richiesta di un equo indennizzo o, secondo il modello tedesco, la dichiarazione di ineseguibilità della pena o di riduzione della stessa in proporzione al pregiudizio subito. Cfr. GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali*, in *Atti del convegno di studio "Enrico De Nicola" organizzato dal Centro nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006.

cui il giudice dovrà attenersi in caso di disapplicazione che, allo stato dell'arte, risultano generiche e foriere di applicazioni discrezionali¹⁰⁸.

Questioni che, in ogni caso, dovrebbero competere, in ultima istanza, al legislatore, e non, alla componente giudiziale¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Rinvio pregiudiziale è il percorso che la Corte costituzionale ha deciso di intraprendere. Con ordinanza n. 24 del 2017, la Consulta ha infatti disposto di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del TFUE, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato: *se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che risulterebbe incompatibile, in un numero considerevole di casi, alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato* – anche quando **tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata**; – anche quando **nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità**; – anche quando **tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro**. Un primo commento dell'ordinanza, cfr. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2016; POLLICINO-BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation"*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, nonché, ivi, CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*.

¹⁰⁹ Con riguardo alla tanto attesa riforma in materia di prescrizione, particolare attenzione meritano i lavori della Commissione Pisapia (istituita il 27 luglio 2006) sfociati, l'anno seguente, nella presentazione dello schema di disegno di legge contenente *"Principi di delega al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale"*. Si tratta di una proposta di riforma articolata in quattro punti: 1) distinta regolamentazione di due regimi prescrizionali: uno anteriore alla instaurazione del processo e l'altro che interviene quando "l'interesse pubblico alla punizione si sia manifestato tramite l'esercizio dell'azione penale"; 2) per la prima tipologia di prescrizione, la previsione di termini di durata proporzionati alla gravità dei reati e definiti per classi numericamente ridotte di fattispecie (con un ritorno, dunque, alla regolamentazione del Codice Rocco anteriore alla novella *ex Cirielli*); 3) dopo l'esercizio dell'azione penale, la delineazione del meccanismo prescrizionale sulla base "dei tempi di accertamento richiesti dalla tipologia del processo (definiti tramite l'individuazione di limiti temporali ben definiti)"; 4) indicazione di cause di sospensione della prescrizione c.d. processuale tra cui lo svolgimento di perizie particolarmente complesse, rogatorie internazionali, impedimento dell'imputato o del difensore, dichiarazione di riconsuazione, *etc.* Così disciplinata, la prescrizione non dovrà più rientrare tra le cause di estinzione del reato, ma tra le cause di "procedibilità" (ovvero, secondo l'orientamento della Commissione per la riforma del codice di procedura penale, dovrà essere intesa alla stregua di "causa di decadenza"). In parallelo ai lavori della Commissione Pisapia si muovono quelli della Commissione Riccio, sempre del 2006, per cui si ribadisce che la prescrizione processuale dovrà decorrere dal momento dell'esercizio dell'azione penale, con l'individuazione di una pluralità di termini di durata massima dei diversi gradi e fasi del processo, graduati in base alla complessità dello stesso e soggetti a casi tassativi di sospensione. L'inosservanza del termine di fase o di grado comporterà l'obbligo del giudice, in ogni stato e grado del processo, di definirlo con sentenza dichiarativa dell'improseguibilità dell'azione, salvo che non ricorrano gli estremi per il proscioglimento nel merito. Merita attenzione anche la proposta avanzata dalla Commissione Fiorella nel 2013, articolata prevalentemente su tre obiettivi. 1) L'individuazione di due successive cause di sospensione della prescrizione legate, rispettivamente, al deposito (o, secondo una proposta alternativa, alla pronuncia) della sentenza di condanna di primo e di secondo grado. L'idea di fondo da cui muove tale previsione è che "ad ogni riscontro processuale della fondatezza dell'ipotesi accusatoria corrisponda la necessità di bloccare almeno temporaneamente il decorso della prescrizione, così da assegnare alla giurisdizione un tempo ragionevole per compiere la verifica della correttezza della decisione nei gradi di impugnazione". 2) Il secondo correttivo proposto dalla Commissione Fiorella consiste in un ripensamento del rapporto intercorrente tra termine prescrizionale di base e aumento dello stesso in presenza di atti interruttivi. 3)

1.2.2. *L'equità processuale: le regole del "giusto processo"*.

Vero banco di prova dell'incidenza delle fonti comunitarie sulla materia penale, si ha, in realtà, in materia di cooperazione giudiziaria, la quale, a partire dal Trattato di Lisbona non è più modulata sul metodo intergovernativo, ma disciplinata dal capo IV, Titolo V del TFUE, ai sensi degli artt. 82 ss., secondo, quindi, il diverso ed ordinario modello *comunitario* della *direttiva*. Si profila dunque un potenziamento dei tradizionali strumenti di cooperazione, sottratti progressivamente al "filtro" governativo e affidati ad una graduale "giurisdizionalizzazione" delle procedure, «nell'ambito di una transizione "epocale" segnata dal passaggio della "cooperazione interstatale" ad una "cooperazione tra giurisdizioni", e tradottasi in un raccordo operativo diretto e semplificato tra autorità giudiziarie sempre più impegnate nel contrasto di fenomeni

Ultimo rimedio congegnato allo scopo di imprimere, attraverso l'operare della prescrizione, maggiore celerità alle cadenze processuali, anche nelle ipotesi di emersione della *notitia criminis* non a ridosso della scadenza del termine di prescrizione consiste nell'individuazione di un termine massimo, a partire dall'iscrizione della notizia di reato, entro il quale il pubblico ministero è tenuto ad assumere le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale o alla richiesta di archiviazione, ai sensi dell'art. 405 co. 1 c.p.p. La *ratio* è quella di evitare che il pubblico ministero, "concluse ritualmente le indagini, non si attivi in tempi ragionevoli per le sue decisioni, finendo col chiedere il rinvio a giudizio o l'archiviazione in prossimità della scadenza dei termini prescrizionali, con il connesso rischio che la prescrizione maturi comunque precocemente, impedendo la definizione del processo". Per un approfondimento, cfr. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2013, p. 45. Si dà atto, infine, che il 12 marzo 2015 la Commissione Giustizia della Camera, dopo un lungo *iter* parlamentare (la discussione sulle proposte di iniziativa parlamentare è iniziata nel maggio del 2014), ha approvato il testo del provvedimento che prevede una riforma complessiva della disciplina vigente in materia di prescrizione (AC 2150-A). Il 16 marzo 2015 è stato avviato l'esame del provvedimento da parte del Senato, che ha approvato un nuovo testo il 24 marzo 2015. Il Capo II (artt. 7-11) contiene misure volte a contrastare *i casi di estinzione di processi per intervenuta prescrizione*, con conseguente proscioglimento degli imputati prima di una pronuncia definitiva, che hanno riguardato anche gravi reati a danno dell'ambiente o della pubblica amministrazione. Il provvedimento amplia alcuni casi di sospensione dei termini: inoltre, dopo la sentenza di condanna in primo grado il termine di prescrizione è sospeso fino al deposito della sentenza di appello, fino ad un massimo di un anno e sei mesi; dopo la sentenza di condanna in appello, il termine di prescrizione è sospeso fino alla sentenza definitiva, sempre fino ad un massimo di un anno e sei mesi. Viene, inoltre, previsto l'aumento della metà dei termini di prescrizione solo per i reati di corruzione (di cui agli artt. da 318 a 322-*bis* e all'art. 640-*bis* c.p. ("Corruzione per l'esercizio della funzione", "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio", "Corruzione in atti giudiziari", "Induzione indebita a dare o promettere utilità", "Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio", "Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche"), in ragione dei tempi più lunghi richiesti di norma per fare emergere tali reati ed indagare su di essi. Si ricorda a tale riguardo che con la legge n. 69 del 2015 sono state innalzate le pene edittali: ad esempio, per il reato di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) il massimo della pena edittale è attualmente di 6 anni. La nuova disciplina è applicabile ai soli reati commessi dopo l'entrata in vigore del provvedimento. Infine, per alcuni gravi reati commessi a danno di minori, il termine di prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della vittima, a meno che l'azione penale non sia stata esercitata in precedenza (in questo caso, la prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato).

criminosi di ordine “globale”¹¹⁰». È in tale contesto di rinnovamento che sono emersi istituti od organismi “di nuovo conio”, talvolta (anche del tutto o in parte) sostitutivi dei precedenti – come il caso del passaggio per i Paesi membri dell’Unione dalla logica dell’extradizione al mandato di arresto europeo – od anche autenticamente originali, tra cui, Europol, Olaf¹¹¹ ed Eurojust¹¹².

Con riguardo alle logiche dell’extradizione, il tema è quanto mai attuale in ragione della recente modifica dell’art. 698 c.p.p., rubricato “*Reati politici. Tutela dei diritti fondamentali della persona*”, il cui testo è stato riscritto per effetto della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000 (G.U. Serie Generale n. 181 del 4 agosto 2016)¹¹³.

¹¹⁰ Tale procedimento si basa sul principio del mutuo riconoscimento, il quale, con il Trattato di Lisbona è divenuto il pilastro della “Cooperazione giudiziaria in materia penale”: l’art. 82 TFUE, infatti, stabilisce che la cooperazione in questo settore “è fondata” sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, mentre più semplicemente “include” il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; inoltre, se l’art. 82 TFUE ammette il mutuo riconoscimento senza alcun limite di materia (“qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria”), l’art. 83 TFUE circoscrive il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in riferimento a specifiche “sfere di criminalità” ed in base a determinati presupposti. Sul punto, cfr. ROMOLI, *Il nuovo volto dell’Europea. Un’analisi penalistica “multilivello”*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 155 ss.

¹¹¹ E, con ciò, si veda anche la relativa questione (tanto discussa) dell’istituzione di un Ufficio di un Pubblico ministero europeo a protezione degli interessi finanziari dell’UE: sul punto, cfr. *ex plurimis*, PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, cit.

¹¹² L’istituzione dell’Eurojust si deve al rafforzamento della lotta contro forme di gravi criminalità, oggetto della risalente decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002, poi modificata dalla decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008; ma si pensi anche, più di recente, alla Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del consiglio del 13 dicembre 2011 sull’ordine di protezione europeo. Direttiva, peraltro, attuata con il D.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.

¹¹³ L’attuale formulazione dell’art. 698, co. 2 c.p.p. sancisce che: “2. Se il fatto per il quale è domandata l’extradizione è punito con la pena di morte secondo la legge dello Stato estero, l’extradizione può essere concessa solo quando l’autorità giudiziaria accerti che è stata adottata una decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena di morte o, se questa è stata inflitta, è stata commutata in una pena diversa, comunque nel rispetto di quanto stabilito dal comma 1”, a differenza della precedente formulazione che così stabiliva: “2. Se per il fatto per il quale è domandata l’extradizione è prevista la pena di morte dalla legge dello Stato estero, l’extradizione può essere concessa solo se il medesimo Stato dà assicurazioni, ritenute sufficienti sia dall’autorità giudiziaria sia dal ministro di grazia e giustizia, che tale pena non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita”. Sul punto, è di recente intervenuta anche una pronuncia della Corte di Giustizia dell’Ue, nella causa C-182/15, *Aleksei Petruhhin*: in sintesi, il ricorrente, cittadino estone, veniva arrestato nella città di Bauska (in Lettonia), ove veniva posto in stato di custodia cautelare. Veniva presentata nei suoi confronti domanda estradizionale da parte della Russia e il procuratore generale lettone autorizzava l’extradizione. Ricorreva contro la decisione Petruhhin sostenendo che, in forza dell’articolo 1 del Trattato sull’assistenza giudiziaria e sui rapporti giudiziari concluso tra Estonia, Lettonia e Lituania, egli avrebbe goduto, in Lettonia, degli stessi diritti di un cittadino lettone e che, pertanto, lo Stato lettone era tenuto a tutelarli contro un’extradizione infondata. Per tali motivi, sospendeva il giudizio nei confronti di Petruhhin e sottoponeva alla Corte tre questioni pregiudiziali: 1) Se gli artt. 18, co. 1, e 21, par. 1 TFUE debbano essere interpretati nel senso che, ai fini dell’applicazione di un accordo di estradizione concluso tra uno Stato membro e uno Stato terzo, il cittadino di un qualunque Stato membro dell’Unione debba beneficiare dello stesso livello di tutela conferito ai propri cittadini dallo Stato membro cui è diretta la domanda di estradizione verso uno Stato

In tale prospettiva, il mandato di arresto europeo (MAE) delinea un modello di cooperazione tra i membri dell'Unione europea radicalmente innovativo, con cui si intende superare il tradizionale sistema di estradizione convenzionale, sostituendolo con un meccanismo semplificato di arresto e consegna delle persone ricercate, perché condannate in via definitiva ovvero, perché nei loro confronti è stata (o deve ancora essere) esercitata l'azione penale; modello a cui il legislatore ha dato attuazione con legge 22 aprile 2005, n. 69¹¹⁴.

non appartenente all'Unione. 2) Se, in tali circostanze, il giudice dello Stato membro al quale è pervenuta la richiesta di estradizione debba applicare le condizioni per l'extradizione fissate dallo Stato membro di cui [l'estradando] è cittadino o in cui risiede abitualmente. 3) Qualora l'extradizione debba aver luogo senza tener conto del livello particolare di tutela garantito ai cittadini dello Stato membro cui è pervenuta la richiesta di estradizione, se quest'ultimo Stato sia tenuto a verificare il rispetto delle garanzie di cui all'articolo 19 della Carta, ai sensi del quale nessuno può essere estradato verso uno Stato in cui rischi seriamente di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, e se, a tal fine, sia sufficiente accertare che lo Stato richiedente l'extradizione sia parte contraente della Convenzione contro la tortura o se, invece, debba verificarsi la situazione di fatto, tenendo conto della valutazione di tale Stato realizzata dagli organi del Consiglio d'Europa. La Corte ha stabilito che uno Stato membro non è tenuto in linea di principio a concedere ad ogni cittadino dell'Unione che abbia circolato nel suo territorio la stessa protezione contro l'extradizione concessa ai propri cittadini. Tuttavia, prima di estradarlo, lo Stato membro interessato deve privilegiare lo scambio d'informazioni con lo Stato membro di origine e consentirgli di chiedere la consegna del cittadino ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Le norme nazionali sull'extradizione – ha affermato la Corte – «introducono una differenza di trattamento a seconda che l'interessato sia un cittadino nazionale o un cittadino di un altro Stato membro, in quanto la loro applicazione comporta che ai cittadini di altri Stati membri, come Petruhhin, non sia concessa la protezione contro l'extradizione di cui godono i cittadini nazionali». Così facendo – continuano i giudici – «tali norme possono pregiudicare la libertà dei primi di circolare nell'Unione» dal momento che «permettere l'extradizione di un cittadino dell'Unione, cittadino di un altro Stato membro, come Petruhhin, si traduce in una restrizione alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 21 TFUE», anche in considerazione del fatto che «in forza dell'art. 3, par. 2 TUE, l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, nonché la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Ne deriva che, al fine di non ledere i diritti conferiti dall'art. 21 TFUE e, al tempo stesso, evitare il rischio di impunità di una persona che è accusata di aver commesso un reato, «occorre privilegiare lo scambio di informazioni con lo Stato membro di cui l'interessato ha la cittadinanza al fine di fornire alle autorità di tale Stato membro, purché siano competenti in base al loro diritto nazionale a perseguire tale persona per fatti commessi fuori dal territorio nazionale, l'opportunità di emettere un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esercizio dell'azione penale». Solo cooperando con lo Stato membro di cui l'interessato ha la cittadinanza e dando priorità ad un mandato d'arresto rispetto alla domanda di estradizione – conclude la sentenza – «lo Stato membro ospitante agisce in maniera meno lesiva dell'esercizio del diritto di libera circolazione, evitando al tempo stesso, per quanto possibile, il rischio che il reato perseguito rimanga impunito».

¹¹⁴ Il MAE rappresenta un sistema di cooperazione tra autorità giudiziarie, particolarmente adatto alle esigenze di speditezza della giustizia penale in quanto: viene meno il filtro del potere politico (il Ministro della Giustizia svolge infatti funzioni di mera assistenza amministrativa); i motivi di rifiuto dell'esecuzione sono tassativamente previsti; non si richiede la c.d. «doppia incriminazione» per trentadue infrazioni di rilevante gravità; la consegna va effettuata entro 60 giorni (eventualmente prorogabili di altri 30). Esso rappresenta uno dei principali mezzi impiegati per la costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia tra i Paesi dell'Unione e si fonda sui principi *del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie* e della fiducia reciproca tra gli Stati membri, che postulano l'esistenza di un comune *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali, nonostante le differenze

Recenti sviluppi politici hanno inoltre portato al recepimento (quanto mai opportuno, perché eccessivamente tardivo, rispetto alla media europea) di ulteriori direttive, che ad uno sguardo complessivo, contribuiscono notevolmente a ridisegnare (potenziando in un'ottica garantistica) il processo penale¹¹⁵ e a rafforzare le dinamiche di cooperazione giudiziaria¹¹⁶.

intercorrenti tra i sistemi nazionali. Il MAE ha rappresentato fin dalle sue origini uno dei principali terreni di scontro tra le esigenze di cooperazione giudiziaria e quelle di garanzia per le persone sottoposte a procedimento penale, sul quale la Corte di Giustizia ha più volte avuto occasione di esprimersi, a partire dalla sentenza *Advocaten voor de Wereld VZW*, nonché nei casi *Radu* e *Melloni*, che hanno posto problemi relativi non solo all'esecuzione di un mandato che possa comportare violazione del diritto di difesa, ma anche un contrasto con la portata di alcune norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e della Cedu.

¹¹⁵ Il 9 marzo scorso è stata approvata la Direttiva 2016/343/UE, successivamente pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione (G.U.U.E.) in data 11 marzo. Tale atto normativo sancisce l'insieme delle norme minime comuni con riferimento alla presunzione di innocenza e alla partecipazione al giudizio penale, che ogni stato membro dovrà garantire a ciascun imputato per il tramite della legge nazionale. Si tratta di un passo ulteriore della normativa penale europea verso la realizzazione dello "spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" inizialmente prefigurato in seno al Consiglio europeo di Tampere (FIN) del 1999 e successivamente inserito nella legislazione convenzionale dell'Unione (art. 3 § 2 TUE, artt. 67-89 TFUE). Come è noto, l'implementazione della suddetta area comune di giustizia passa – tra l'altro – attraverso la garanzia dei "diritti della persona nella procedura penale", su cui l'Unione è espressamente autorizzata ad imporre l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, attraverso lo strumento della direttiva (art. 82 § 2 lett. a TFUE). Quanto alla presunzione di innocenza, l'art. 3 impone agli Stati membri che tale diritto sia garantito ai cittadini indagati e imputati sino a che non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza. In particolare, sugli Stati gravano tre oneri distinti. Il primo impone che siano adottate misure idonee al fine di evitare la presentazione al pubblico dell'indagato/imputato come colpevole (artt. 4 e 5). Tali misure devono anzitutto riguardare le dichiarazioni delle autorità pubbliche, così come le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza, mentre non è necessario che si applichino agli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato/imputato (si pensi ad esempio ai provvedimenti *ex artt. 415-bis* e *416 c.p.p.*) e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie fondate sul sospetto o su indizi di reità (si pensi ad esempio ai provvedimenti di applicazione di misure cautelari). Inoltre, è fatta salva la possibilità per le autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico (art. 4 § 3). L'art. 5 stabilisce poi che gli stati debbano evitare la presentazione visiva dell'indagato/imputato come colpevole, attraverso il ricorso alle misure di coercizione fisica (si pensi alle manette o alle gabbie), a meno che le stesse non si rivelino necessarie per garantire la sicurezza o impedire la fuga del soggetto. Il secondo onere riguarda l'onere della prova (art. 6), che deve gravare sulla pubblica accusa. Sono in ogni caso fatti salvi l'obbligo del giudice ed il diritto della difesa di ricerca delle prove. Infine, il terzo onere consiste nel garantire all'indagato/imputato i diritti al silenzio e alla non-incriminazione (art. 7). La norma da un lato fa salva la facoltà in capo alle autorità nazionali di raccogliere prove nel rispetto della legge e che esistano a prescindere dalla volontà dell'indagato/imputato, dall'altro lato, chiarisce che le autorità giudiziarie possono tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati, ma al tempo stesso che l'esercizio dei diritti al silenzio ed alla non-incriminazione non può essere considerato come prova di colpevolezza. Venendo poi al diritto di partecipazione, all'articolo 8 la direttiva impone agli Stati di garantire all'indagato/imputato il diritto di presenziare al proprio processo. Tuttavia, tale garanzia non è assoluta, nella misura in cui il processo possa comunque celebrarsi in sua assenza, allorché l'imputato sia stato informato in un tempo adeguato della pendenza del processo e delle conseguenze della mancata comparizione, oppure qualora, debitamente informato del processo, egli sia rappresentato da un difensore incaricato, nominato da lui stesso oppure dallo Stato (art. 8 § 2). Inoltre, nei casi in cui l'indagato/imputato non possa essere rintracciato nonostante i ragionevoli sforzi profusi, gli Stati membri possono consentire lo svolgimento del processo *in absentia*, nonché l'assunzione di una decisione in merito e l'esecuzione della stessa. Ciò a

Le maglie del processo penale risultano altresì saldamente intrecciate dalla giurisprudenza sovranazionale, la quale, come è ormai noto, ha contribuito notevolmente a riscrivere lo statuto del “giusto processo” sia in base all’art. 6 Cedu sia grazie anche all’apporto della giurisprudenza di Lussemburgo, attorno alle disposizioni di cui agli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali¹¹⁷.

Come è noto, l’art. 6 Cedu delinea lo statuto convenzionale del diritto ad un processo equo, per cui “ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta”: la norma fornisce una *summa divisio* delle garanzie processuali, che trascende dal diritto penale stesso ed assume una portata generale, essendo riferibile anche alle controversie civili e – secondo la giurisprudenza della Corte Edu – anche ad alcuni aspetti del diritto

patto che il condannato sia informato della decisione, così come della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale previsti dall’articolo 9 (art. 8 § 4). Il termine per il recepimento della direttiva da parte degli Stati è fissato al 1° aprile 2018 (art. 14).

¹¹⁶ Basta pensare ai D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38 recante “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive”; D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, recante “Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all’esecuzione nell’Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio”; al D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, recante “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali”; D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, recante “Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni”; al D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31, recante “Attuazione della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo”; nonché da ultimo, D.lgs. 15 settembre 2016, n. 184 sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo.

¹¹⁷ Come afferma Balsamo, infatti, nonostante la differenza di formulazioni testuali, si riscontra una fondamentale corrispondenza di contenuto delle due fonti, il cui significato va definito avendo riguardo non solo al testo dei due strumenti normativi in esame, ma anche all’elaborazione della giurisprudenza della Corte Edu. Da ciò discenderebbe l’ulteriore conseguenza dell’inammissibilità, nell’ordinamento dell’Unione europea, di limitazioni ulteriori al diritto ad un equo processo. Cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, (a cura di), Kistoris, Milano, 2014, pp. 90-91; APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Milano, 2007; AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003; CHIAVARIO, *La “lunga marcia” dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in Balsamo, Kistoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 11 ss.; ID., *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1089; JACOBS-WHITE-SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012.

amministrativo: il nucleo trasversale del principio è, infatti, *costituito dall'accesso alla giustizia, dall'indipendenza, dall'imparzialità e dalla precostituzione legislativa del giudice, dalla pubblicità del giudizio, della ragionevole durata del procedimento*¹¹⁸.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha poi progressivamente fatto discendere ulteriori corollari, ricavando dall'art. 6, § 1 Cedu una costellazione di diritti, quali, *in primis*, quello al contraddittorio e alla “parità delle armi”, alla conoscibilità del *dossier* processuale, alla motivazione delle decisioni, al diritto alla prova e la certezza del diritto¹¹⁹. Si è soliti distinguere, inoltre, tra un *diritto al processo*, inteso come una serie di garanzie (pubblicità della procedura, durata ragionevole, accesso a un tribunale, indipendenza e imparzialità dello stesso) che si traducono in obbligazioni a carico dei pubblici poteri circa la tenuta di un processo equo, e ulteriori diritti e garanzie da tutelare *nel processo* (eguaglianza delle parti, diritto ad essere informato dell'accusa, diritto all'assistenza legale), in modo tale da garantirne l'equità durante lo svolgimento nel caso concreto¹²⁰.

Ad un'analisi maggiormente dettagliata dei singoli profili, secondo la giurisprudenza della Corte europea, prima ancora di garantire un diritto al processo, l'art. 6, § 1 Cedu sancisce *un diritto alla giurisdizione*, di cui è fondamentale espressione *il diritto di accesso al giudice*: la centralità di tale garanzia è stata recepita anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, nelle pronunce *Kadi e Al Barakaat e Immobiliare Saffi c. Italia*, in cui i giudici europei hanno ribadito come la verifica del rispetto del diritto alla tutela giurisdizionale debba essere estesa anche alla fase esecutiva del giudizio¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 90.

¹¹⁹ Cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 90.

¹²⁰ Cfr. CHENAL-GAMBINI-TAMETTI, *Commento all'art. 6*, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky, (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

¹²¹ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, C-402/05 e C-415/05 e C. eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*. Per ciò che concerne, invece, l'accusato, sussiste altresì un diritto di ottenere da parte del giudice una decisione sulla fondatezza dell'accusa, mossa a suo carico, così come sancito nell'*affaire Onorato c. Italia*. Cfr. C. eur. dir. uomo, 24 maggio 2011, *Onorato c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 21 novembre 2011, *Al-Adsani c. Regno Unito*. Con riferimento, inoltre, alla figura del giudice nella dinamica dell'accertamento, l'indipendenza e la centralità sono i due requisiti fondamentali, espressi sia dall'art. 6, §1 Cedu sia dall'art. 47, § 2 Cedu. Secondo la Corte di Strasburgo tali principi rappresentano un binomio indissolubile: nel valutare l'indipendenza del giudice, occorre tenere conto di tre profili: le procedure di nomina, la durata del mandato e l'esistenza di adeguate garanzie contro pressioni esterne. Più complessa, invece, la valutazione circa il requisito dell'imparzialità: nel caso *Piersak c. Belgio*, si stabilisce che tale principio debba essere preso in esame sia sotto un profilo soggettivo, ovverosia l'estraneità nel caso

L'art. 6, § 1 e l'art. 47, § 2 Cedu sanciscono espressamente il principio della *pubblicità del processo*, che resta, invece, privo di copertura specifica per alcune Costituzioni nazionali, *in primis*, quella italiana: nel caso *Lorenzetti c. Italia*, i giudici europei, enucleando la *ratio* della pubblicità processuale, hanno posto in rilievo la trasparenza che essa fornisce all'amministrazione della giustizia, in quanto "tutela i singoli da una giustizia che sfugge al controllo pubblico e rappresenta così uno degli strumenti per contribuire al mantenimento della fiducia nei tribunali"¹²².

Tra le garanzie sancite all'interno del giusto processo, si annovera anche il principio della ragionevole durata del processo, ritenuto dalle fonti sovranazionali un diritto soggettivo individuale immediatamente azionabile, diversamente dall'interpretazione elaborata a margine dell'art. 111 Cost. quale canone oggettivo: si tratta di un principio applicabile a tutti i procedimenti, con un rilievo speciale per il processo penale, in cui prevale l'esigenza di tutela dell'imputato «a che non soggiaccia "troppo a lungo sotto il peso di un'accusa"¹²³».

La presunzione di innocenza – la cui collocazione, ai sensi dell'art. 6, § 2 Cedu, funge da cerniera tra l'equità processuale in termini generali e l'elencazione di specifici diritti attribuiti al solo accusato – rappresenta uno degli elementi topici della più generale nozione di equità processuale: enunciata per la prima volta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la presunzione di innocenza viene sancita in numerosi strumenti internazionali, compresa la Dichiarazione universale dei diritti

concreto dell'esternazione del convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, e sotto un profilo oggettivo, ovverosia la mancanza di fatti materiali, che mettano in dubbio l'imparzialità del giudice. Cfr. C. eur. dir. uomo, 1° ottobre 1982, *Piersak c. Belgio*, in cui la Corte ha rilevato come la valutazione soggettiva miri a stabilire se dal comportamento del giudice nel caso concreto emerga una sua idea preconcepita circa la colpevolezza dell'imputato; mentre la ricognizione del profilo oggettivo attiene alla verifica della sussistenza di dubbi che appaiano oggettivamente giustificati agli occhi di un osservatore esterno. Cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 94.

¹²² Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, *Lorenzetti c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 13 novembre 2011, *Bocellari e Rizza c. Italia*. In tema del requisito della pubblicità dell'udienza, è intervenuta di recente anche la Corte costituzionale, con la pronuncia 15 aprile 2015, n. 97, sancendo l'illegittimità costituzionale degli artt. 66, co. 3, e 678, co. 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolga nelle forme dell'udienza pubblica.

¹²³ Cfr. C. eur. dir. uomo, 27 luglio 1968, *Wemhoff c. Germania*. Per costante giurisprudenza di Strasburgo, la ragionevolezza deve essere rapportata in relazione a tre criteri guida, impiegati congiuntamente, quali, la complessità del caso, il comportamento dell'interessato ed il comportamento delle autorità competenti: sul piano quantitativo, la Corte europea si è orientata nel senso di ritenere irragionevole la durata di procedimenti che superino il termine di tre anni per il giudizio di primo grado, due anni per quello di appello e un anno per quello davanti alla Corte di Cassazione.

dell'uomo proclamata dall'ONU, nel 1948, oltre che essere stata recepita nell'art. 48 della Carta di Nizza¹²⁴.

Tale principio viene in rilievo sia come regola di giudizio, implicando che la colpevolezza dell'imputato debba essere provata al di là di ogni ragionevole dubbio e che tale prova debba gravare esclusivamente sull'accusa, sia come regola di trattamento dell'accusato, vietando che quest'ultimo venga ritenuto colpevole nel corso del giudizio, fino a che la sua responsabilità non sia stata processualmente accertata. La Corte europea ha valorizzato, altresì, il significato del principio in una prospettiva marcatamente teleologica, censurando gli effetti stigmatizzanti causati da dichiarazioni rese dalle autorità pubbliche nell'informare la collettività sui procedimenti penali¹²⁵.

Con riguardo, invece, al principio processuale del *nemo tenetur se detegere*, nonostante le Carte sovranazionali nulla dicano in merito, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha fatto discendere il diritto al silenzio dalla necessità di garantire il diritto di difesa; principio successivamente rielaborato dalla Corte di Strasburgo nelle pronunce *Funke c. Francia* e *Saunders c. Regno Unito*, per cui la *ratio* andrebbe ricercata nell'esigenza di proteggere l'imputato contro le coercizioni abusive della pubblica autorità anche allo scopo di evitare errori giudiziari¹²⁶.

Ad un'analisi dettagliata, invece, dei singoli profili inerenti la difesa dell'imputato, di cui all'art. 6, § 3 Cedu, il diritto ad un'informazione precisa e completa circa l'incolpazione rappresenta la garanzia processuale che ha inciso maggiormente sulla struttura dell'assetto processuale: come si avrà modo di argomentare nel proseguo della ricerca, il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Drassich c. Italia*, con cui la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione

¹²⁴ Già prima dell'adozione della Carta di Nizza, la Corte di Giustizia dell'Ue aveva espressamente incluso la presunzione di innocenza nell'ambito dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario, cfr. C. Giust. dell'Unione europea, 8 luglio 1999, C-235/92, *Montecatini S.p.a.* Con una recente Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato norme minime comuni, ai sensi dell'art. 82 par. 2 TFUE, relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al giudizio, racchiudendo, in un unico atto normativo, due garanzie fondamentali del giusto processo penale europeo. Tale iniziativa si inserisce all'interno del più ampio obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, conformemente a quanto sancito nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, si fonda, come è noto, sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, essenziale ai fini della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea, che presuppone una reciproca fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale e costituisce lo strumento più efficace per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali dei Paesi membri dell'Unione.

¹²⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, 28 ottobre 2004, *Y.B. e altri c. Turchia*.

¹²⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; C. eur. dir. uomo, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*.

dell'art. 6, § 1 e 3 Cedu nella misura in cui il giudice di ultima istanza, con la decisione conclusiva del giudizio, aveva compiuto una riqualificazione – da corruzione a corruzione in atti giudiziari – del fatto ascritto all'imputato, senza che quest'ultimo fosse stato avvertito della possibilità di un simile mutamento ed avesse avuto, quindi, la possibilità di difendersi sulla nuova accusa¹²⁷. Cospicua giurisprudenza si registra, altresì, in relazione al tema della *qualità della difesa*: partendo dal presupposto che la Convenzione, ai sensi dell'art. 6, § 3 lett. b) e c), impone di garantire non solo la nomina, ma anche l'assistenza di un difensore, si è censurata in diverse occasioni la mancata adozione, da parte degli organi giudiziari, di misure che assicurino l'effettività della difesa, come nei casi *Hermi c. Italia* e *Artico c. Italia*¹²⁸.

¹²⁷ Anche l'Unione europea è di recente intervenuta su entrambi profili testè esaminati, sia in fatto di informazione circa l'accusa penale sia in punto di conoscibilità del *dossier* processuale, con la Direttiva 2012/13/UE relativa al “diritto all'informazione nei procedimenti penali”. La direttiva conferisce al diritto all'informazione una triplice valenza: quella di informare sui diritti processuali, di informare sull'accusa e di consentire l'accesso alla documentazione delle indagini, *ex artt.* 3-7 Cedu. La Corte Edu si è pronunciata altresì sul tema della *disclosure*, la quale non forma un diritto assoluto di per sé, essendosi riconosciuta l'ammissibilità delle limitazioni necessarie per salvaguardare un interesse pubblico fondamentale ovvero i diritti fondamentali di altri individui: nel caso *Rowe c. Regno Unito*, i giudici europei hanno tuttavia precisato che per legittimare le restrizioni ad una piena *discovery* è necessario valutare l'esistenza di una procedura che consenta ad un giudice terzo ed imparziale di prendere visione del materiale occultato alla difesa, di valutarne la rilevanza per la linea difensiva e di pronunciarsi circa l'esistenza o meno di un interesse prevalente.

¹²⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, nonché C. eur. dir. uomo, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*; C. eur. dir. uomo, 19 giugno 2012, *Moldoveanu c. Romania*. Nell'ambito dell'Unione europea, il diritto all'assistenza difensiva ed il diritto al patrocinio gratuito sono disciplinati dall'art. 47, co. 2 e 3 della Carta di Nizza, nonché dalla recente Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e sul diritto di comunicare al momento dell'arresto con terze persone. Notevole rilevanza nell'economia globale delle garanzie difensive è attribuita all'art. 6, § 3 lett. d), in base al quale la Convenzione garantisce ad ogni accusato il diritto di “esaminare o far esaminare i testimoni a carico” ed il diritto ad ottenere “la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni di quelle a carico”: al fine di assicurare la più ampia tutela al *right to legal assistance*, i giudici europei hanno recentemente affrontato la questione della legittimità della condanna in sede di gravame di un imputato precedentemente assolto: nei casi *Dan c. Moldavia* e *Moldoveanu c. Romania*, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6, § 3 Cedu, nonché dell'art. 2 del Prot. n. 7 Cedu per aver il giudice di secondo grado provveduto alla condanna degli imputati, in primo grado assoluti, senza predisporre la rinnovazione dell'istruttoria dei testimoni precedentemente escussi (*id est*: divieto di *reformatio in peius*). Ulteriori profili applicativi dell'art. 6 Cedu hanno altresì inciso sulle dinamiche processuali interne: (a) il diritto all'interpretazione ed alla traduzione, *ex art.* 6, § 3 lett. e) Cedu, nonché in base alla Direttiva dell'Unione europea 2010/64/UE; (b) diritto della partecipazione al processo, *ex art.* 14, § 3 lett. d) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché secondo la Decisione Quadro dell'Unione europea 2009/299/GAI. Con riferimento al primo profilo, in attuazione dell'art. 4 della Direttiva europea ed in conformità della pacifica giurisprudenza di Strasburgo, il legislatore italiano è intervenuto con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 a riformulare l'art. 143 c.p.p., individuando una serie di atti e di provvedimenti, per cui è obbligatoria la traduzione (anche parziale) di altri atti ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico. Con riguardo, invece, al diritto di partecipazione al processo, pur non rivenendosi uno specifico riferimento in seno all'art. 6 Cedu, la giurisprudenza di Strasburgo è pacifica nel ricondurre tale tipologia di garanzia nelle finalità complessive sottese all'equità processuale: il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Sejdovic c. Italia*, con cui la Corte Edu ha ravvisato una violazione del

Un ulteriore nucleo di garanzie a favore dell'imputato è predisposto ai sensi dell'art. 5 Cedu in relazione al diritto alla libertà e sicurezza personale: principale ambito di applicazione di tale disposizione ha riguardato il profilo della legittimità della privazione della libertà personale, nei casi tassativamente indicati dalla norma stessa, tra cui, la detenzione legittima in esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata (anche in primo grado) da un tribunale competente¹²⁹, la custodia cautelare, che secondo la Convenzione, può essere applicata in presenza di un ragionevole sospetto della commissione di un reato, del pericolo di commissione di un reato ovvero del pericolo di fuga e l'arresto/detenzione finalizzati ad impedire l'ingresso illegale nel territorio dello Stato o per garantire l'esecuzione del provvedimento di espulsione o di estradizione¹³⁰.

1.2.3. L'esecuzione penale in Europa. Focus sui diritti umani dei detenuti.

L'incidenza del sistema eurounitario sulla materia sanzionatoria ha comportato un progressivo ripensamento dell'esecuzione penale, secondo quattro linee direttrici essenziali: (a) la graduale riduzione dell'area della pena di morte, fino alla sua completa eliminazione; (b) il progressivo depotenziamento del ricorso all'ergastolo e alle pene detentive di lunga durata; (c) l'umanizzazione delle condizioni di detenzione, dal sovraffollamento carcerario alle condizioni igieniche, tramite la giurisdizionalizzazione della fase esecutiva e il rafforzamento degli *standard* minimi di tutela; (d) l'implementazione di misure alternative alla pena detentiva, con la previsione di modelli punitivi diversi e alternativi al carcere, verso la dimensione della *restorative justice*.

diritto ad un equo processo, nella misura in cui la normativa italiana non garantiva un'effettiva conoscenza all'imputato assente, non predisponendo degli adeguati strumenti di riesame nel merito dell'accusa.

¹²⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 26 giugno 1992, *Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna*; C. eur. dir. uomo, 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*.

¹³⁰ Su tale ultimo profilo, è stato introdotto, nell'ordinamento dell'Unione europea, un livello maggiormente più garantista con la Direttiva dell'Unione europea 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili agli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, prevedendo un generale principio di sussidiarietà rispetto all'applicazione di misure restrittive della libertà personale: il ricorso alla pena detentiva deve essere calibrato, in ragione dell'assenza di altre e diverse misure restrittive meno afflittive. In relazione all'art. 5 Cedu, copiosa è la giurisprudenza di Strasburgo intorno alla questione della durata ragionevole della custodia preventiva, che si traduce in un diritto al rilascio non appena i limiti di tale ragionevolezza vengano meno: nella valutazione della ragionevolezza, occorre – secondo i giudici europei – valutare se sussistano ragioni rilevanti e sufficienti che giustifichino il mantenimento della custodia cautelare e, nel caso di esito positivo, verificare, altresì, se le autorità giudiziarie nazionali abbiano adottato una “particolare diligenza” nella conduzione del procedimento.

Con riferimento al primo profilo, *sub* (a), si può affermare che la pena di morte in Europa non rappresenti più un ostacolo, attesa la unanime abolizione dell'istituto, da ultima la Russia, nel 2009, in ragione dell'art. 3 Cedu e dei specifici Protocolli n. 6 e n. 13 del sistema convenzionale. Questione, invece, maggiormente problematica rimane la possibilità che un cittadino di un Paese europeo, membro della Convenzione, possa essere estradato ovvero espulso in un Paese estraneo alle garanzie convenzionali, in cui la pena di morte continui ad essere prevista ed eseguita¹³¹.

Con riguardo, invece, al profilo *sub* (b) in materia di pene detentive, la Corte di Strasburgo a più riprese si è espressa nel senso di riconoscere margini di incompatibilità rispetto all'art. 3 Cedu in relazione alla pena dell'ergastolo e alle pene di lunga durata: tali pene, infatti, potrebbero risultare incompatibili con l'art. 3 Cedu, qualora, manchi, a livello di previsione astratta e/o di prassi concreta, qualsiasi possibilità per il condannato di ottenere dei benefici penitenziari, in particolar modo, forme di liberazione condizionale o anticipata e, con l'art. 5, § 1, lett. a) Cedu, qualora al condannato, che

¹³¹ Il *leading case* in materia è costituito dalla pronuncia *Soering c. Regno Unito*, in un momento in cui vigeva solamente il Protocollo n. 6 (non ancora ratificato dal Regno Unito), che, come è noto, pur bandendo la pena di morte, prevedeva alcune eccezioni, come la possibilità per gli Stati membri di applicare tale misura per crimini commessi in tempo di guerra. In tale occasione, la Corte ha esteso la sfera di tutela dell'art. 3 Cedu fino a ricomprendervi le modalità di esecuzione della condanna a morte, nella misura in cui producano sul detenuto un grado di sofferenza ed ansia da oltrepassare la soglia minima di gravità richiesta dalla giurisprudenza sovranazionale per integrare un'ipotesi di trattamento inumano e degradante. Cfr. C. eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 334, con nota di PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo: il caso trae origine dal ricorso di Soering, cittadino della Repubblica federale tedesca, autore di un omicidio negli Stati Uniti e rifugiatosi nel Regno Unito, il quale aveva fatto ricorso alla giurisdizione di Strasburgo, lamentando come la sua estradizione verso gli Stati Uniti lo avrebbe esposto all'elevata probabilità di subire una condanna alla pena di morte, in violazione dell'art. 3 Cedu. Già nel caso Kirkwood c. Regno Unito, in cui il ricorrente, sul punto di essere estradato verso uno Stato che prevedeva la pena di morte, lamentava la violazione dell'art. 3 Cedu: in quel caso, la Commissione pur riconoscendo che l'extradizione potesse esporre a un rischio di trattamento inumano e degradante ex art. 3 Cedu, non riteneva provato che "il trattamento al quale il ricorrente sarebbe stato esposto, e il rischio di tale esposizione fossero così gravi da costituire un trattamento o una pena inumani o degradanti contrari all'art. 3 della Convenzione". Cfr. Decisione *Kirkwood c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, ric. n. 10479/983. Per un riferimento bibliografico, cfr., *ex multis*, NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 119. In ragione di tale giurisprudenza, si può quindi affermare che il divieto di pena di morte di matrice convenzionale comprende, non soltanto il divieto per lo Stato di applicare tale misura nell'ambito della propria giurisdizione, ma anche quello di estradare, espellere o rifiutare l'asilo a chiunque rischi, nel Paese di destinazione, la pena capitale; a meno che lo Stato stesso non ottenga dalle autorità del Paese di destinazione assoluta garanzia che la pena di morte non sarà irrogata o eseguita. Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 120. Pacifica è altresì la giurisprudenza sovranazionale nel sancire solennemente il divieto di applicazione di pene corporali, in linea con il disposto degli artt. 2 e 3 Cedu. Cfr. C. eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72; C. eur. dir. uomo, 25 febbraio 1982, *Campell e Cosans c. Regno Unito*, serie A, n. 48; C. eur. dir. uomo, *Murray c. Paesi Bassi*, 10 dicembre 2013, ric. n. 10511/10; C. eur. dir. uomo, 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*, ric. n. 57592/08.*

abbia già scontato numerosi anni di carcere sufficienti a soddisfare le finalità retributive della sanzione, venga negata la possibilità di usufruire dei suddetti benefici pur in assenza di elementi di pericolosità soggettiva che inducano a far prevalere esigenze di prevenzione speciale.

La qualificazione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata come ipotesi di trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 Cedu discende dal *leading case Kafkaris c. Cipro*¹³²; nelle sentenze *Vinter e a. c. Regno*

¹³² In tale occasione, la Corte ha specificato che l'ergastolo non può essere considerato in sé una pena contraria all'art. 3 Cedu, lo diviene se l'ordinamento nazionale non prevede alcuna possibilità concreta per il condannato di accedere alla liberazione anticipata e, pertanto, trasforma di fatto l'ergastolo in una pena perpetua. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04. Per le applicazioni successive alla sentenza in esame, si vedano, ad esempio, i casi tedeschi (*Streicher c. Germania*, decisione del 10 febbraio 2009, ric. n. 40384/04; *Meixner c. Germania*, decisione del 3 novembre 2009, ric. n. 26958/07), in cui i ricorrenti erano stati condannati all'ergastolo ma potevano beneficiare della liberazione condizionale dopo 15 anni. In entrambi i casi, le giurisdizioni interne rigettarono le istanze di liberazione condizionale, ritenendo che per la particolare gravità dei reati e la mancanza di ravvedimento, le esigenze di interesse pubblico giustificassero il mantenimento in detenzione almeno per un periodo minimo di pena rispettivamente di 25 e 26 anni. La Corte ha constatato che il sistema tedesco consentisse ai ricorrenti di ripresentare, ad ogni momento, una nuova istanza di liberazione condizionale e ha ritenuto che il mantenimento in detenzione non avesse causato loro un pregiudizio fisico o psicologico tale da essere contrario all'art. 3 Cedu (nonostante i ricorrenti avessero già, rispettivamente, 60 e 72 anni). Nel caso *Iogorov c. Bulgaria (n. 2)*, sentenza del 2 settembre 2010, ric. n. 36295/02, la Corte ha ribadito i principi affermati nella giurisprudenza *Kafkaris* e ha ritenuto conforme all'art. 3 Cedu la legislazione bulgara che consentiva al ricorrente, condannato all'ergastolo reale, di beneficiare di una misura di clemenza del Presidente della Repubblica: la grazia o la conversione della pena (ad esempio in ergastolo ordinario con liberazione condizionale). Nonostante il carattere assolutamente discrezionale del potere presidenziale, la Corte ha ritenuto soddisfatto il criterio della "comprimibilità" *de jure*. Quanto alla "comprimibilità" *de facto*, la Corte ha considerato che sebbene nessun ergastolano avesse beneficiato di un provvedimento di clemenza presidenziale, questo dato non è stato ritenuto sufficiente per concludere sulla incomprimibilità *de facto*. La Corte ha considerato, in particolare, che erano passati meno di 20 anni dall'introduzione dell'ergastolo reale nel diritto bulgaro (1998, in sostituzione della pena di morte) e l'esame del ricorso (2010). Anche per l'ergastolo ordinario, nel diritto bulgaro, l'accesso alla liberazione condizionale non può avvenire prima di aver scontato una pena minima di almeno 20 anni. Sulla base di questi elementi, la Corte, con un giudizio piuttosto artificiale, ha ritenuto soddisfatti i criteri *Kafkaris* della comprimibilità *de jure e de facto* e ha concluso per la non violazione dell'art. 3 Cedu. Lo stesso approccio è stato seguito in una serie di casi bulgari analoghi in cui, al momento dell'esame del ricorso da parte della Corte, l'ergastolano non aveva ancora scontato un periodo detentivo di 20 anni. Si vedano i casi: *Todorov c. Bulgaria*, decisione del 23 agosto 2011, ric. n. 19552/05; *Simenov c. Bulgaria*, decisione del 23 agosto 2011, ric. n. 21980/04; *Dimitrov et Ribov c. Bulgaria*, decisione dell'8 novembre 2011, ric. n. 34846/08; *Iordan Petrov c. Bulgaria*, sentenza del 24 gennaio 2012, ric. n. 22926/04; *Kostov c. Bulgaria*, decisione del 14 febbraio 2012, ric. n. 30009/08. Nel caso *Torkoly c. Ungheria*, decisione del 5 aprile 2011, ric. n. 4413/06, la Corte ha ritenuto non violato l'articolo 3 della Convenzione nell'ipotesi di un ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale prima di una pena minima di 40 anni. Nonostante il fatto che il ricorrente avrebbe potuto beneficiare di questa possibilità soltanto a 75 anni, per la Corte sussisteva nella specie "una possibilità lontana ma reale di essere liberato". Questa constatazione, unita alla possibilità di beneficiare, in ogni momento della detenzione, della grazia presidenziale hanno spinto la Corte a ritenere non violate, nelle specie, le garanzie dell'art. 3 Cedu.

*Unito*¹³³ e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*¹³⁴, entrambe del 17 gennaio del 2012, non si è riscontrata invece la violazione dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui si sono ritenute sufficienti le garanzie prestate delle autorità britanniche circa la non applicazione della pena capitale (ovvero sulla sussistenza, almeno in astratto, della possibilità della liberazione anticipata alla luce del diritto nazionale). Almeno in un primo momento: come è noto, infatti, successivamente, la Grande Camera è tornata a pronunciarsi nel caso *Vinter e a c. Regno Unito*, rovesciando il giudizio espresso dalla quarta sezione della Corte in prima istanza: l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale rappresenta una violazione dell'art. 3 Cedu se l'ordinamento nazionale non prevede un meccanismo di revisione dell'effettiva opportunità di prosecuzione dell'esecuzione della pena detentiva e se tale meccanismo non sia congegnato in modo tale da offrire delle concrete prospettive di liberazione al condannato una volta trascorso un periodo minimo di detenzione¹³⁵.

¹³³ Il riferimento corre immediatamente all'istituto inglese dell'ergastolo con "whole life order", corrispondente all'ergastolo "without parole" statunitense: a fronte della commissione di alcune tipologie di reati, è prevista la pena obbligatoria dell'ergastolo e, nei casi più gravi, il giudice può stabilire se la pena dell'ergastolo debba essere effettivamente scontata per tutta la durata della vita del condannato ovvero sussista un margine di un suo rilascio anticipato. Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, ric. nn. 9146/07; 21906/04: in questo caso la Corte ha applicato gli stessi principi affermati nella sentenza *Vinter* in materia di estradizione. I ricorrenti erano accusati di omicidio, commesso negli Stati Uniti, dove avrebbero potuto essere condannati all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale. L'unica possibilità di liberazione era costituita dal potere di grazia presidenziale. La Corte ha ritenuto che nessuno dei due ricorrenti avesse dimostrato che la loro estradizione li avrebbe esposti al rischio reale di subire un trattamento contrario all'art. 3 Cedu. La Corte ha specificato che, in ipotesi di valutazione della compatibilità con l'art. 3 di una pena inflitta in uno Stato terzo, solo delle circostanze eccezionali possono far ritenere che questa sia nettamente sproporzionata e contraria all'art. 3 Cedu (§ 134). Tra il caso *Vinter* e il caso *Harkins e Edwards* esiste una differenza importante: mentre nel primo caso, la Camera non ha statuito sulla comprimibilità della reclusione perpetua; nel secondo, la Corte ha ritenuto soddisfatti i requisiti di "comprimibilità", in linea con l'approccio restrittivo precedente affermato con la giurisprudenza *Kafkaris*.

¹³⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 gennaio 2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09; 130/10; 3896/10. La Corte ha definito la sua posizione in due tappe rispetto al dialogo con le Corti inglesi: in prima istanza, con la sentenza del 17 gennaio 2012 e successivamente con la sentenza della Grande Camera del 9 luglio 2013.

¹³⁵ Con la pronuncia *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, la Corte europea ha consolidato i propri principi, prendendo posizione, in tal modo, anche nei confronti dei giudici della *House of Lords* che, con sentenza *R. (Wellington) c. Secretary of State for Home Department* (2008, UKHL 72) avevano posto in dubbio le forme di tutela sviluppate dall'art. 3 Cedu in tema di estradizione: se i giudici inglesi hanno individuato dei diversi *standard* di tutela dell'art. 3 Cedu a seconda che si abbia ad oggetto una procedura di estradizione ovvero una procedura di espulsione e che sussista un divieto assoluto di estradizione solamente in ipotesi di tortura, rimanendo i casi di trattamenti inumani e degradanti il diritto dell'estradando comunque passibili di bilanciamento, la Corte ha invece ribadito l'applicabilità assoluta ed incondizionata dell'art. 3 Cedu, non essendovi differenza alcuna fra ipotesi di estradizione ed altre diverse modalità di allontanamento del soggetto dal territorio dello Stato, sia nei confronti di ipotesi di tortura sia di trattamenti inumani e degradanti. L'unica distinzione ammissibile, secondo la Corte, ha riguardato la diversa efficacia della Convenzione nei confronti degli Stati parte rispetto agli Stati non

All'interno delle garanzie sottese all'art. 3 Cedu, la Corte ha individuato anche il divieto di pene c.d. "grossolanamente" sproporzionate rispetto alla gravità del reato: le pronunce *Öcalan c. Turchia (n. 2)* e *Trabelsi c. Belgio* hanno offerto delle rilevanti precisazioni circa l'esigenza di proporzionalità della pena. Nel caso *Öcalan*, il ricorrente, accusato di terrorismo, era stato condannato alla pena di morte, commutata, in seguito alla sua abolizione in Turchia, in una pena perpetua reale senza possibilità di liberazione condizionale. In tale pronuncia, la Grande Camera ha constatato l'assenza di ogni possibilità di reinserimento sociale del detenuto e di meccanismi di riesame della pena¹³⁶. Il ragionamento dei giudici europei è stato poi ripreso anche in una sentenza successiva, nell'*affaire Trabelsi*, in cui il ricorrente era stato estradato dalle autorità belghe negli Stati Uniti, in cui avrebbe dovuto essere processato¹³⁷.

Applicando, quindi, i criteri *Vinter*, la Corte ha dovuto valutare, con un giudizio *ex ante*, trattandosi di estradizione se lo Stato terzo offrisse delle ragionevoli prospettive di liberazione e non esponesse l'interessato ad un rischio concreto di subire un trattamento inumano e degradante¹³⁸. In dottrina, si ritiene che le due sentenze, *Öcalan e Trabelsi*, possano avere dei riflessi applicativi importanti in ipotesi di un'eventuale valutazione, da parte della Corte, della convenzionalità dell'ergastolo ostativo previsto

aderenti, per cui può essere solo di tipo indiretta e di riflesso. Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*. Si permetta un rinvio a MANCA V., *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

¹³⁶ Sulla base di queste considerazioni, il mero potere di grazia del Presidente della Repubblica o la speranza di una legge di amnistia sono stati giudicati assolutamente insufficienti a soddisfare l'esigenza convenzionale di una prospettiva di liberazione per legittimi motivi di ordine penale.

¹³⁷ Per reati in materia di terrorismo, era prevista l'applicazione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, salvo in ipotesi di collaborazione con la giustizia, grazia presidenziale o liberazione per motivi umanitari.

¹³⁸ Sulla scia di quanto affermato nella sentenza *Soering c. Regno Unito* (7 luglio 1989, n. 14038/88), la Corte ha fondato una responsabilità degli Stati ai sensi dell'art. 3 Cedu in ipotesi di espulsione o estradizione verso un Paese in cui la persona interessata corresse un pericolo reale di essere sottoposta a un trattamento inumano e degradante. In questi casi, la pronuncia della Corte è intervenuta in un momento in cui la violazione non si era ancora verificata e si fondava su una valutazione *ex ante* della situazione del Paese terzo. La tutela anticipata e preventiva accordata dalla Corte in queste ipotesi si è basata su due elementi: il carattere assoluto e inderogabile dei beni giuridici tutelati e l'esigenza di salvaguardare il diritto di ricorso individuale (art. 34 Cedu), posto che, una volta allontanato verso uno Stato terzo, l'interessato non potrà avvalersi della tutela dei diritti assicurata dal sistema della Convenzioni. Nei precedenti *Harkins et Edwards c. Regno Unito* e *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, precedenti alla sentenza *Vinter* (Grande Camera), la Corte ha ritenuto sufficiente il potere di grazia presidenziale per soddisfare il criterio della "comprimibilità" della pena. Nel caso *Trabelsi* invece la Corte, riprendendo la giurisprudenza *Soering*, ha ribadito l'esigenza di applicare ai casi di estradizione gli stessi criteri di valutazione imposti agli Stati membri, vista la loro responsabilità *par ricochet* in queste situazioni. La Corte ha chiarito poi che la valutazione del rischio di violazione dell'art. 3 Cedu deve essere effettuata *ex ante* e non *ex post*, come era stato fatto nei casi *Harkins* e *Babar Ahmad*.

nell'ordinamento italiano. Finora la questione non è stata oggetto diretto delle pronunce della Corte Edu¹³⁹.

Ulteriore evoluzione giurisprudenziale in tema di estradizione, secondo il canone di cui all'art. 3 Cedu, è stata data dalla valutazione negativa sulla scena internazionale del fenomeno del sovraffollamento carcerario¹⁴⁰.

Come è noto, le condizioni di detenzione, tra cui il sovraffollamento, nonché la scarsità di igiene e di condizioni sanitarie, hanno interessato la giurisprudenza della

¹³⁹ In contrasto con questa tendenza, la Corte è intervenuta di nuovo sul problema dell'ergastolo, facendo un passo indietro rispetto ai principi finora affermati. Il riferimento corre, in particolare, ai casi *Murray c. Paesi Bassi* e *Hutchinson c. Regno Unito*, decisi in prima istanza dalla Camera e attualmente pendenti in Grande Camera, con udienze fissate per il 1° giugno 2015. Nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità della legislazione dell'isola di Curaçao (Antille olandesi), con l'art. 3 Cedu: il ricorrente era stato condannato all'ergastolo, senza liberazione condizionale, con la sola possibilità di ritrovare la libertà per una grazia presidenziale. Nel 2011, una riforma dall'ordinamento giuridico dell'isola di Curaçao ha introdotto una possibilità di riesame periodico della pena dell'ergastolo. Nel 2012, dopo una rivalutazione della pena del ricorrente, le autorità competenti hanno ritenuto che il mantenimento in detenzione fosse ancora legittimo e giustificato. La Corte Edu ha richiamato i criteri *Vinter*, ricordando l'ampio margine di apprezzamento dello Stato nella determinazione della pena e ha concluso per la non violazione dell'art. 3 Cedu. Diametralmente opposta invece la decisione della Grande Camera, la quale in data 26 aprile 2016, ha rivalutato le argomentazioni della sezione semplice, decretando la violazione dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui, nel caso concreto, l'impossibilità per il detenuto di accedere in corso di esecuzione della pena detentiva ad adeguate cure medico-psichiatriche ha frustrato qualsiasi possibilità per lo stesso di intraprendere un percorso trattamentale riabilitativo che gli consentisse di beneficiare di una riduzione sensibile ed effettiva della pena dell'ergastolo. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/10. Nel caso *Hutchinson*, la Corte Edu è tornata ad esaminare, per la terza volta, la legislazione del Regno Unito sull'ergastolo sotto un profilo analogo al caso *Vinter*: l'impossibilità per i condannati all'ergastolo di ottenere una liberazione anticipata/condizionale e l'assenza di chiarezza del dato normativo quanto ai presupposti per l'esercizio del potere discrezionale del Ministro. L'unica differenza tra la situazione del signor Hutchinson e quelle oggetto del caso *Vinter* consiste nella sopravvenuta giurisprudenza interna sulla compatibilità del sistema con le esigenze convenzionali. La Corte d'appello, nel caso *R. c. Newell: R. v. McLoughlin* (2014), del 18 febbraio 2014, ha affermato che la legislazione interna sarebbe chiara quanto alle "possibilità eccezionali di liberazione per i condannati all'ergastolo". Secondo la Grande Camera, del 17 gennaio 2017, la decisione della Corte inglese avrebbe svolto un ruolo centrale di interpretazione evolutiva della legislazione interna, dissipando dubbi interpretativi circa la compatibilità della normativa inglese rispetto all'art. 3 Cedu. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, ric. n. 57592/08.

¹⁴⁰ Sul punto, il riferimento corre immediatamente alla pronuncia della Westminster Magistrates' Court del 17 marzo 2014, in relazione all'extradizione di Domenico Rancadore verso l'Italia, in cui avrebbe dovuto scontare la pena detentiva, in ragione del mandato d'arresto europeo: in tale occasione, i giudici inglesi negarono l'extradizione del prevenuto, in ragione della situazione patologica e diffusa di sovraffollamento carcerario, ampiamente descritta dalla pronuncia pilota *Torreggiani e a. c. Italia*. Di pochi mesi successivi, è la pronuncia del Tribunale federale svizzero, con cui i giudici hanno confermato la decisione della Corte inferiore in merito all'extradizione di un cittadino somalo verso l'Italia: gli sforzi profusi dal legislatore italiano, a partire dalla sentenza *Torreggiani* rappresentano delle idonee e valide garanzie per l'estradando a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione. Per un approfondimento sul punto, si permetta il rinvio a MANCA V., *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*, cit.; ID., *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'extradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2014.

Corte Edu, in base alla quale costituisce trattamento inumano e degradante la costrizione in celle con uno spazio vitale inferiore ai 3 mq per detenuto: al di sotto di tale soglia, secondo l'ormai costante giurisprudenza¹⁴¹, si configura una violazione della

¹⁴¹ Giurisprudenza granitica della Corte che rischia di subire un mutamento (anche piuttosto significativo quanto a ricadute sul sistema risarcitorio, ruotante attorno al rimedio di cui all'art. 35-bis ord. penit.), a partire dal caso *Mursič c. Croazia* (cfr. C. eur. dir. uomo, sez. I, 12 marzo 2015, *Mursič c. Croazia*, con nota di FIORENTIN, *Il vaso di pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea*, in *Arch. pen. web*, 3/2015). La pronuncia *Mursič*, il cui caso è stato di recente esaminato dalla Grande Camera (su ricorso del Governo croato), introdurrebbe un significativo elemento di novità rispetto all'accertamento dell'avvenuta lesione di cui all'art. 3 Cedu per sovraffollamento carcerario: in altri termini, elemento di valutazione per il giudice non è più limitato al fattore spaziale (sotto i 3 mq, presunzione assoluta di violazione dei diritti umani), ma anche al fattore temporale. Tale pronuncia potrebbe condurre ad un nuovo quadro di riferimento per la valutazione della lesione dei diritti umani: sotto i 3 mq, infatti, non si potrà più parlare di presunzione assoluta di violazione, ma solamente di "strong presumption", da valutare unitamente al fattore temporale (n. x gg. in stato di detenzione inumana): ciò che "preoccupava" la dottrina italiana è in particolare la ricaduta di tale mutamento rispetto all'attuale formulazione normativa dell'art. 35-ter ord. penit. in materia di risarcimento del danno per sovraffollamento carcerario, laddove il legislatore (nota la dottrina, forse per eccessivo zelo, forse per un mancato doveroso ripensamento sulla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie) ha inserito all'interno della norma un chiaro ed espresso riferimento al parametro 3 Cedu, ancorando così la sussistenza della lesione (e, quindi, del diritto al risarcimento) alla disposizione convenzionale, nonché alla sua interpretazione giurisprudenziale. Tale "apertura" giurisprudenziale verso fattori diversi ed ulteriori rispetto all'unico dato spaziale potrebbe fornire gioco facile alla giurisprudenza italiana (sia di sorveglianza sia ordinaria) per una valutazione (non più quindi vincolata al dato spaziale) maggiormente discrezionale. Cfr. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, p. 122. Il 20 ottobre 2016 la Grande Camera, ribaltando parzialmente la sentenza resa dalla Camera semplice il 12 marzo 2015, ha condannato all'unanimità la Croazia per violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla detenzione del ricorrente in 2,62 mq per 27 giorni consecutivi; a maggioranza si è invece confermata la pronuncia della Camera ritenendo non violato l'art. 3 Cedu tanto con riferimento alla detenzione del ricorrente in uno spazio inferiore a 3 mq per periodi non consecutivi di più breve durata ed in presenza di cd. "fattori allevianti", quali la libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella (10 voti contro 7); quanto rispetto al periodo detentivo nel quale il ricorrente era stato ristretto in uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq (13 voti contro 4). La Grande Camera ha ritenuto rilevanti, ai fini della decisione sul caso di specie, i seguenti principi: a) quando lo spazio personale scende sotto i 3 mq in una cella collettiva (così come quando il detenuto non dispone di un posto letto o di una superficie tale da consentirgli di muoversi tra il mobilio), la mancanza di spazio è considerata talmente grave che sussiste una "strong presumption" di violazione dell'art. 3 Cedu; b) quando lo spazio individuale in una cella collettiva si attesta tra i 3 e i 4 mq, sussiste una violazione dell'art. 3 Cedu se tale condizione risulta combinata ad altri aspetti di inadeguatezza della detenzione. Tali aspetti riguardano, in particolare, la possibilità di svolgere attività fisica all'aria aperta, la presenza di luce naturale e aria nella cella, l'adeguatezza della ventilazione e della temperatura, la possibilità di utilizzare la *toilette* in privato ed il rispetto dei generali requisiti igienico-sanitari (§106); c) nei casi in cui un detenuto disponga di più di 4 mq in una cella collettiva e, quindi, non si pongano problemi per quanto riguarda la mancanza di spazio personale, rimangono comunque rilevanti altri aspetti riguardanti le condizioni di detenzione ai fini della valutazione di conformità all'art. 3 Cedu (§ 48, 53, 55, 59 e 63-64). Decisione finale in parte non condivisa da taluni giudici del Collegio: nella prima *dissenting opinion*, i giudici Sajó, López Guerra e Wojtyczek hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu rispetto a tutti i periodi in cui il ricorrente aveva vissuto in meno di 3 mq o in uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq. Con riferimento ai periodi di detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq, i giudici hanno sottolineato che questi periodi andavano considerati – al di là della scarsa durata di ciascuno di essi – per il loro ripetersi in un breve lasso temporale e per l'effetto cumulativo che avevano determinato in capo al detenuto, sostenendo al riguardo che, più si protrae la permanenza in uno spazio vitale insufficiente, più forti sono gli effetti psicologici che si producono. Nella seconda *dissenting opinion*, i giudici Lazarova

libertà del detenuto, in assoluto; mentre tra i 3 mq ed i 7 mq, per aversi una lesione della testè citata disposizione, si richiede una valutazione maggiormente stringente, in relazione ad altri fattori, diversi ed ulteriori, rispetto all'esiguità dello spazio¹⁴².

La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato come il sovraffollamento delle carceri non sia un episodio legato alla situazione di un singolo Paese (*id est*: Italia), ma che interessi la maggior parte degli Stati europei: a partire infatti dalla

Trajkovska, De Gaetano e Grozev hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento a tutti i periodi di tempo durante i quali il ricorrente aveva avuto a disposizione meno di 3 mq, atteso che, applicando un più rigoroso scrutinio sui periodi non-consecutivi durante i quali il ricorrente aveva avuto a disposizione meno di 3 mq di spazio personale, i giudici hanno ritenuto che i fattori compensativi fossero insufficienti per controbilanciare la mancanza di spazio personale. Da ultimo, il giudice Pinto de Albuquerque si è allineato alla prima *dissenting opinion* (riconoscendo la violazione per tutti i periodi di detenzione sotto i 4 mq di spazio personale), sviluppando però un autonomo *iter* argomentativo. Il giudice non ha condiviso l'approccio "multifattoriale e cumulativo" come interpretato dalla Corte nei casi di sovraffollamento carcerario: ha infatti ritenuto che, se, da un lato, i fattori che qualificano negativamente la detenzione possono essere determinanti per ritenere violato l'art. 3 Cedu anche nei casi in cui il parametro dello spazio personale è rispettato; dall'altro lato non è condivisibile sostenere che, attraverso l'approccio multifattoriale, l'assenza di un adeguato spazio personale possa essere compensata dalle altre condizioni materiali in cui si svolge la detenzione. Secondo Pinto de Albuquerque, i fattori di compensazione a cui si è riferita la maggioranza dei giudici – la sufficiente libertà di movimento, le attività all'esterno della cella, nonché l'esistenza di un'adeguata struttura carceraria – sono elementi che dovrebbero essere già parte delle normali prerogative di ogni carcere, e come tali non possono giustificare l'abnorme carenza di spazio personale. Cfr. CANCELLARO, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2016, nonché Cfr. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, cit., p. 131, in cui l'autrice esprime le proprie perplessità circa l'impatto dirompente che potrebbe assumere, in sede applicativa interna, l'approccio "multifattoriale e cumulativo" adottato nel caso *Mursič*: sulla durata della violazione, si suggerisce di assumere, quale parametro interno, "quello di 15 giorni previsto dallo stesso art. 35-ter ord. penit., quale limite al di sopra del quale è legittimo vedersi riconoscere dal MdS il risarcimento in forma specifica (leggasi decurtazione di un giorno di pena ogni dieci patiti in condizioni detentive disumane o degradanti)". Tale termine potrebbe essere considerato unicamente "con effetti *in bonam partem*", consentendo al magistrato procedente di ritenere, sulla base delle risultanze del caso concreto, integrata la violazione dell'art. 3 Cedu anche per una durata inferiore ai 15 giorni (perché ritenuta non breve né occasionale). Con riguardo all'offerta trattamentale, in termini di libertà di movimento fuori dalla cella e coinvolgimento del detenuto alle attività trattamentali, residuano dubbi circa la difficoltà per il Governo italiano di confutare la *strong presumption* di violazione dell'art. 3 Cedu, attesa la perdurante situazione di sovraffollamento carcerario nella maggior parte delle strutture penitenziarie e l'assenza di un'effettiva offerta rieducativa da parte dell'amministrazione penitenziaria. Ulteriori criticità sorgono rispetto al passaggio argomentativo della Corte in ordine ai criteri di computo dello spazio minimo per detenuto: secondo la Corte è infatti rilevante "stabilire se il condannato aveva la possibilità di muoversi liberamente nella cella". Tale conclusione della Corte potrebbe essere foriera di una deriva interpretativa, nella misura in cui lo spazio venga calcolato al lordo del mobilio e non al netto, così come da ultimo interpretato anche dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 2016, n. 52819. Per una valorizzazione in chiave sostanziale dell'art. 3 Cedu, si propende per un'interpretazione del concetto di spazio minimo "fruibile" al concetto di "spazio sufficiente a che il soggetto possa muoversi liberamente nella cella". Così, MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, cit., p. 131.

¹⁴² Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, ric. nn. 42525/07 e 60800/08; C. eur. dir. uomo, 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, ric. n. 17885/04; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94, § 103-104; C. eur. dir. uomo, 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, ric. n. 23178/94, § 83.

sentenza pilota *Torreggiani e a. c. Italia*, dell'8 gennaio 2013, anche altri Stati, come, ad esempio la Bulgaria¹⁴³, l'Ungheria¹⁴⁴, la Romania¹⁴⁵ ed il Belgio¹⁴⁶, sono stati colpiti da un procedimento pilota, con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura di patologia strutturale del sistema penitenziario nazionale, invitando – su esempio dell'Italia¹⁴⁷ – ad adottare misure generali sia a carattere preventivo, sia di tipo risarcitorio al fine di ripristinare *standard* di tutela conformi alla Convenzione¹⁴⁸.

Se il dibattito sul sovraffollamento carcerario sembra essersi ormai assopito, atteso come gli sforzi profusi dai legislatori nazionali, per adeguarsi ai *dicta* europei, hanno avuto – secondo i dati statistici ufficiali¹⁴⁹ – un impatto notevolmente positivo

¹⁴³ Secondo il rapporto *Space I – 2014* del 23 dicembre 2015, oltre il 27,5% delle strutture penitenziarie europee è ad oggi interessata dal fenomeno del sovraffollamento. Sono gravati da tale patologia Paesi come Grecia, Macedonia, Bulgaria, Romania, Albania, Belgio ed Ungheria. Con riferimento alla Bulgaria, cfr. C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13.

¹⁴⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, 24 ottobre 2012, *Iacov Stanciu c. Romania*.

¹⁴⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, C. eur. dir. uomo, sez. II, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13.

¹⁴⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, *Vasilescu v. Belgio*, 25 novembre 2014, con nota di CANCELLARO, *Da Roma a Bruxelles: la Corte EDU applica i principi della sentenza Torreggiani anche alle condizioni di detenzione in Belgio*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2014.

¹⁴⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, C. eur. dir. uomo, sez. II, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, con nota di CANCELLARO, *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015, nonché MANCA V., *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, *ivi*.

¹⁴⁸ Numeri che, peraltro, stanno lentamente risalendo: a dimostrazione che, per quanto gli interventi di carattere deflativo siano stati positivi ed effettivi rispetto alla diminuzione numerica della popolazione carceraria, l'assenza di un completo e radicale percorso di implementazione delle misure alternative (sia rispetto a quelle già esistenti, rendendole maggiormente più efficaci, sia in prospettiva, *de iure condendo*, ampliando il ventaglio "sanzionatorio" in esecuzione, ma anche in cognizione) rende, ad oggi, il sistema "giustizia penale" ancora ineffettivo ed inidoneo ad impedire l'accesso in carcere (ed il relativo persistere, senza possibilità di usufruire di benefici e/o misure alternative) a una fascia di detenuti sensibilmente consistente. Il dato ufficiale, al 30 settembre 2016, si attesta intorno a 54.465 detenuti presenti rispetto ad una capienza (aumentata rispetto agli anni passati) di 49.796 unità disponibili.

¹⁴⁹ Ad una visione generale, infatti, il rapporto *Space I – 2014*, evidenzia come il fenomeno del sovraffollamento si stia progressivamente ridimensionando, con una diminuzione del 7% della popolazione carceraria, nel suo complesso. Secondo il rapporto, la popolazione carceraria totale in Europa è nel 2014 pari a 1.600,324 rispetto a 1.737,061 del 2012. Per quanto riguarda l'Italia, secondo i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia in data 29 febbraio 2016, il numero dei detenuti complessivamente presenti nelle carceri italiane è pari a 52.846 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 49.592 unità. Il numero degli stranieri è 17.679, pari al 33,24%; l'applicazione delle misure alternative è salita al 61,56%, atteso che ad oggi ne beneficiano 32.113 detenuti sul totale complessivo. Dato particolarmente rilevante, infine, quello che riguarda il rapporto medio tra detenuti e posti in carcere, che si assesta intorno al 109,8%. Rimane dunque, per l'Italia, un problema di sovraffollamento, ancorché assai attenuato rispetto alla precedente rilevazione del Consiglio d'Europa: il Rapporto *Space I – 2013* segnalava infatti un tasso di sovraffollamento delle carceri italiane pari al 148% (peraltro divergente da quello ricavabile, alla stessa data, dalle statistiche nazionali: 135,8%). Di qui l'inclusione dell'Italia, da parte del Consiglio d'Europa, in una lista di Paesi che, tra il 2013 e il 2014, non hanno integralmente eliminato il sovraffollamento: con l'Italia, tra gli altri, Ungheria, Grecia, Francia, Portogallo, Serbia, Belgio, Romania e Austria. Si osservi che sulla base dei dati pubblicati nel sito

sulla riduzione del numero dei detenuti in eccesso rispetto alla capienza regolamentare, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è ora concentrata, invece, sull'individuazione degli strumenti più appropriati in grado di prevenire nuovi fenomeni di sovraffollamento e sulla riformulazione dell'intero apparato sanzionatorio, evidenziando, da una parte, l'inadeguatezza della pena detentiva quale risposta sanzionatoria e, dall'altra, avanzando nuove forme di punizione, alternative, non solo alla pena detentiva, ma anche agli stessi schemi tradizionali del diritto penale¹⁵⁰.

Altri profili inerenti il trattamento penitenziario hanno riguardato la compatibilità di regimi speciali di detenzione rispetto all'art. 3 Cedu: con riguardo all'ipotesi dell'Italia, da ultimo, la Corte di Strasburgo è tornata nuovamente a pronunciarsi in materia di 41-*bis* ord. penit., con il caso *Paolello c. Italia*¹⁵¹, con cui si è confermata la precedente giurisprudenza in relazione al regime detentivo speciale, la cui

internet del Ministero della Giustizia italiano, al 31 dicembre 2015 il tasso di sovraffollamento medio nelle nostre carceri è ulteriormente sceso, portandosi a quota 105,16%. A questa evoluzione ha contribuito, accanto all'impegno del legislatore italiano volto a ridurre la popolazione penitenziaria, anche un moderato aumento della capienza regolamentare delle nostre carceri, che era pari a 45.000 unità nel 2010, a 47.600 unità a fine settembre 2013 e a 49.350 un anno dopo. Per un commento puntuale ed articolato al rapporto *Space I – 2014*, cfr. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016.

¹⁵⁰ In tale ottica, si colloca il profilo *sub* (d): una delle principali direttive della sentenza *Torreggiani e a. c. Italia* risiede nella implementazione delle misure alternative al carcere, quale rimedio generale e preventivo alla risoluzione del fenomeno del sovraffollamento carcerario, in una prospettiva di umanizzazione della pena e rieducazione del condannato. Gli sforzi profusi dal legislatore italiano, a seguito della condanna, sono stati innumerevoli sia in termini di riforme sia con l'istituzione di commissioni ovvero tavoli di studio, comprensivi sia della magistratura, avvocatura sia della dottrina, nonché della componente sociale, quale, *in primis*, associazioni di volontariato, esperti di mediazione e di giustizia riparativa. Con riguardo alle riforme, si annoverano gli istituti della speciale causa di esclusione della punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, introdotta per effetto del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, nonché l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, *ex legge* 28 aprile 2014, n. 67, nonché il potenziamento della detenzione domiciliare, *ex art. 47-ter* ord. penit. ovvero la previsione della computazione della liberazione anticipata – ulteriormente ampliata da 45 gg. a 75 gg. – in sede di emissione dell'ordine di carcerazione *ex art. 656 c.p.p.*, o, ancora, il ricorso agevolato alle misure alternative, nonché ai benefici penitenziari anche per i recidivi reiterati ed i successivi decreti legislativi in materia di penalizzazione, nonché decriminalizzazione, per effetto dei recenti d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e n. 8. Con riferimento ad ulteriori iniziative, il riferimento corre immediatamente alle due Commissioni ministeriali Palazzo, presiedute entrambe dal prof. Francesco Palazzo, rispettivamente in tema di riforma del sistema sanzionatorio ed attuazione della legge delega in materia di messa alla prova, nonché agli *Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, iniziativa ministeriale diretta alla creazione di un dialogo e confronto tra esperti del settore sul carcere e sull'esecuzione della pena, con un'attenzione peculiare verso la componente sociale ed esperienze comparate. Per un approfondimento, cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19.wp, nonché RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016.

¹⁵¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, *Paolello c. Italia*, 14 settembre 2015, ric. n. ric. n. 37648/02. Per pacifica giurisprudenza, cfr. C. eur. dir. uomo, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04; C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; C. eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, *Ganci c. Italia*, ric. n. 26772/95.

applicazione ed operatività non costituisce, di per sé, una violazione dei diritti umani del detenuto. L'astratta compatibilità del regime speciale ha innestato ulteriori criticità rispetto a specifici profili, quali, *in primis*, le perquisizioni personali¹⁵², la video-sorveglianza della cella¹⁵³, nonché le limitazioni della corrispondenza¹⁵⁴ e dei contatti con l'esterno¹⁵⁵.

Cospicua è, altresì, la giurisprudenza della Corte Edu in relazione alle modalità di esecuzione della pena detentiva rispetto a soggetti in particolari condizioni di età o di salute. Con l'*affaire Contrada* (n. 2) *c. Italia*¹⁵⁶, i giudici europei si sono, infatti, pronunciati nel senso di riconoscere una situazione di incompatibilità rispetto all'art. 3 Cedu, in ipotesi di detenzione prolungata, per detenuti affetti da gravi patologie: la prima pronuncia rilevante, in tal senso, è rappresentata dalla sentenza *Scoppola c. Italia*

¹⁵² Cfr. C. eur. dir. uomo, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02.

¹⁵³ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, *S. e Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008, ric. nn. 30562/04 e 30566/04.

¹⁵⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94.

¹⁵⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; C. eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, *Ganci c. Italia*, ric. n. 26772/95. Con riferimento alle censure della Corte Edu circa il diritto all'inviolabilità della corrispondenza, sancito espressamente ex art. 8 Cedu, si evidenzia come queste ultime abbiano riguardato il regime penitenziario ordinario nel suo complesso e, nello specifico, la disciplina di cui all'art. 18 ord. penit. e, non solo, quello speciale dell'art. 41-bis ord. penit.: a più riprese, infatti, la Corte ha condannato l'Italia in ragione dell'inadeguatezza del trattamento penitenziario rispetto alle garanzie del rispetto della vita privata e familiare sancite dall'art. 8 Cedu. Le prime pronunce di condanna si sono registrate a partire dalle sentenze Calogero Diana e Dominichini del 15 novembre 1996, a cui sono seguite numerose altre condanne, sino all'intervento – oramai necessitato – da parte del legislatore, con la legge del 8 aprile 2004, n. 95, che, come è noto, ha comportato una parziale riscrittura dell'art. 18 ord. penit. Con riguardo alle limitazioni dei colloqui, la Corte ha, invece, ritenuto come le restrizioni del diritto di visita da parte dei familiari, inserendosi all'interno di misure dirette al contrasto della criminalità organizzata, siano conformi a quanto sancito dall'art. 8, § 2 Cedu, ovverosia alle esigenze di difesa e sicurezza dell'ordine pubblico: ipotesi esemplificativa di tale orientamento è data dal caso *Messina c. Italia*, in cui la Corte Edu ha affermato che l'ingerenza nella vita familiare e privata del detenuto non violasse la Convenzione, essendo tale limitazione proporzionata allo scopo legittimo perseguito dall'art. 41-bis ord. penit., consistente nel “recidere i legami esistenti tra la persona interessata ed il suo ambiente criminale di origine, al fine di ridurre al minimo rischio di utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di appartenenza”.

¹⁵⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), ric. n. 7509/08, con nota di MANCA V., *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014. Le doglianze di Contrada sono state oggetto di un ulteriore e diverso ricorso presentato alla Corte europea, con cui il prevenuto si lamentava di essere stato condannato a titolo di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, in un arco temporale in cui tale ipotesi criminosa era al vaglio della giurisprudenza, fortemente divisa sull'individuazione dei presupposti applicativi dell'istituto: una simile incriminazione avrebbe rappresentato, quindi, una violazione del principio di legalità di matrice convenzionale, ex art. 7 Cedu, atteso che, in ragione della frammentarietà delle pronunce giurisprudenziali sul punto, era imprevedibile per il ricorrente rappresentarsi una penale responsabilità per i fatti commessi. Sul punto, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, *Contrada c. Italia* (n. 3), 14 aprile 2015, cit.

(n. 1) del 10 giugno 2008¹⁵⁷. Dal caso concreto, inoltre, la Corte ha elaborato il principio generale in forza del quale discende un obbligo, in capo all'autorità giurisdizionale nazionale, di procedere ad una valutazione dell'adeguatezza dell'abitazione del soggetto che versa in condizioni di salute incompatibili con la detenzione prima di adottare provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare¹⁵⁸.

Qualche criticità è sorta, invece, in relazione alla compatibilità di due tipi di pene accessorie rispetto agli artt. 3, 6 e 8 Cedu: le pene interdittive consistenti nel divieto, conseguente a una condanna, di esercitare una determinata professione, da una parte, e, la perdita dell'elettorato attivo o passivo, dall'altra¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia* (n. 1), ric. n. 50550/06, 10-12, §§ 45-51.

¹⁵⁸ Ancora, nella sentenza *Enea c. Italia* del 17 settembre 2009, la Corte non ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in quanto non ha ritenuto sussistere un'incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto affetto da tetraplegia rispetto al regime detentivo *ex art. 41-bis* ord. penit.: nel caso di specie le autorità competenti avevano correttamente adempiuto ai propri doveri di assistenza e di cura del detenuto sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento delle gravi patologie di cui era affetto. L'appartenenza del soggetto ad un'organizzazione criminale sembra essere stato l'argomento decisivo per non affermare la violazione dell'art. 3 Cedu, nonostante le gravissime condizioni di salute del detenuto: il prolungato regime carcerario a cui era stato sottoposto si giustificava in ragione della sua pericolosità sociale. Nella sentenza *Cara-Damiani c. Italia* del 27 febbraio 2012, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu: il caso di specie interessava un cittadino italiano di età avanzata ed affetto da paraparesi agli arti inferiori, nonché da diversi disturbi cardiaci ed intestinali. Le gravi patologie fisiche, la presenza di barriere architettoniche e la mancanza di un programma riabilitativo all'interno della struttura carceraria comportavano la necessità di un trasferimento dello stesso presso il carcere di Parma. La Corte ha segnalato la violazione dell'art. 3 Cedu, in quanto "mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce trattamento degradante". I giudici di Strasburgo sono tornati nuovamente ad occuparsi del caso Scoppola nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 4) del 17 luglio 2012. Anche in questa circostanza, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alle condizioni di detenzione cui Scoppola era stato sottoposto nonostante avesse un'età avanzata e fossero presenti patologie gravi quali problemi cardiovascolari, diabete, difficoltà motorie dovute ad atrofia muscolare e alla frattura di un femore, ipertrofia prostatica e depressione. Nello specifico, la violazione dell'art. 3 Cedu sussisteva anche in assenza di una chiara intenzione delle autorità penitenziarie di umiliare il detenuto, essendo sufficiente un negligente ritardo delle stesse nel provvedere alle loro necessità in tempi adeguati. Anche in recentissime pronunce, la Corte ha affermato la violazione dell'art. 3 Cedu: basta ricordare, fra tutte, la sentenza *Cirillo c. Italia* del 29 gennaio 2013, in cui il ricorrente, un detenuto affetto da una patologia potenzialmente paralizzante, lamentava l'incompatibilità dello stato di detenzione in carcere rispetto alle sue condizioni di salute e l'assenza all'interno della struttura carceraria di un reparto nel quale potesse svolgere uno specifico programma di fisioterapia ed elettrostimolazione presso centri specializzati di riabilitazione. Secondo la Corte, infatti, il persistere dello stato di detenzione e la mancanza di un trattamento specifico di riabilitazione all'interno della struttura carceraria integrava un'ipotesi di trattamento inumano e degradante di cui all'art. 3 Cedu. Sul punto, cfr. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 1/2011, p. 241; MANCA V., *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, cit.

¹⁵⁹ Quanto alle prime, l'atteggiamento della giurisprudenza è stato di sostanziale chiusura, negando la Corte Edu qualsiasi questione di incompatibilità. Con riguardo, invece, alla pena accessoria

Un ultimo profilo di problematicità rispetto al sistema di garanzie sovranazionali è dato dalla compatibilità della previsione della sanzione penale, consistente nell'espulsione del reo dal territorio di uno Stato membro della Convenzione: *nulla quaestio*, se concerne un cittadino, atteso che in ragione dell'art. 3 del Prot. n. 4 Cedu, una simile misura sarebbe in evidente contrasto con la Convenzione, più complessa, invece, la questione se oggetto dell'espulsione è un cittadino di un Paese terzo¹⁶⁰.

In relazione, invece, all'annosa questione della gestione delle politiche migratorie sul continente europeo, la Corte Edu si è recentemente espressa sotto vari profili: (a) con un *revirement* giurisprudenziale, rispetto all'*affaire Tarakhel c. Svizzera*, con cui la *Grande Chambre* aveva dichiarato come il rinvio verso l'Italia – in quel dato frangente gravata da una difficile gestione degli sbarchi provenienti in varia misura dal Nord Africa – di richiedenti asilo potesse integrare la violazione dell'art. 3 Cedu, in relazione ad un elevato rischio di trattamenti inumani e degradanti, i giudici europei hanno ritenuto nella successiva pronuncia del 13 gennaio 2015, *A.M.E. c. Olanda*, come la situazione italiana, in ragione degli sforzi profusi dal legislatore italiano per migliorare le politiche migratorie e la gestione dei campi di prima accoglienza, fosse conforme agli *standard* convenzionali; (b) con la pronuncia *Khlaifia e altri c. Italia*, parzialmente riformata dalla Grande Camera¹⁶¹, la Corte di Strasburgo ha condannato

della perdita (temporanea o definitiva) dell'elettorato attivo o passivo si registra un *trend* giurisprudenziale diretto alla rilevazione di un contrasto tra l'art. 3 del Prot. n. 1 Cedu e le singole normative nazionali, in particolar modo, in relazione al Regno Unito, con le pronunce *Hirst (n. 2) c. Regno Unito* e *Greens e M.T. c. Regno Unito* e, in riferimento all'Italia, con la sentenza *Scoppola (n. 3) c. Italia*, del 18 gennaio 2011: in tale occasione, la Corte Edu ha decretato l'incompatibilità dell'automatismo normativo, previsto ai sensi dell'art. 28, co. 1 n. 1) c.p., della privazione dell'elettorato passivo ed attivo, quale effetto immediato dell'applicazione della pena accessoria l'interdizione dai pubblici uffici.

¹⁶⁰ Se, in astratto, l'espulsione dello straniero, quale sanzione penale per la commissione di un reato, oltre che misura di polizia, è espressamente prevista, ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. f), ma anche generalmente disciplinata dai vari ordinamenti europei, di contro, la sua applicazione non può atteggiarsi in modo difforme ai limiti di cui agli artt. 3 e 8 Cedu, ovvero sia con riguardo al divieto di espulsione in caso di elevato rischio di sottoposizione a tortura o trattamenti e/o pene inumani e degradanti nel Paese di provenienza e con riferimento al divieto di espulsione dello straniero nel caso di radicati legami familiari o affettivi. Cfr. C. eur. dir. uomo, 5 maggio 2009, *Sellem c. Italia*, 12584/08; C. eur. dir. uomo, 17 luglio 2008, *NA c. Regno Unito*, ric. n. 25904/07.

¹⁶¹ La Grande Camera ha parzialmente riformato il giudizio espresso dalla seconda sezione, con particolare riguardo ai profili attinenti la violazione dell'art. 3 Cedu e quella dell'art. 4, prot. 4, Cedu. La sentenza del 1° settembre 2015, infatti, aveva accolto integralmente le censure concernenti le violazioni dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4, Cedu; in parte quelle relative alle violazioni dell'art. 3 Cedu; integralmente quelle fondate sull'art. 4, prot. 4, Cedu. La Corte, infine, aveva attribuito ai ricorrenti un rilevante risarcimento del danno, la cui proporzionalità era stata fatta specifico oggetto di una delle opinioni dissenzienti allegate alla pronuncia. La Grande Camera ha confermato la sussistenza delle violazioni dell'art. 5 Cedu e dell'art. 13 Cedu in relazione all'art. 3, escludendo però la violazione sia dell'art. 3 Cedu, sia dell'art. 4, prot. 4,

l'Italia, sotto vari profili, artt. 3, 5, §§ 1 e 4, 13 Cedu e art. 4 del Prot. n. 4 Cedu in merito al trattamento subito dai ricorrenti, tre cittadini tunisini, in occasione “dell'emergenza sbarchi” della primavera del 2011, in concomitanza con la guerra civile in Libia¹⁶².

1.3. Il giudicato penale: ipotesi applicativa del metodo di indagine *trans-(n)azionale*.

In ragione della disamina sin qui svolta, è evidente come la materia penale – nella sua accezione più ampia, come insieme di diritto sostanziale e processuale, così come inteso dalla giurisprudenza sovranazionale – rappresenti un sapere fluido, in continua evoluzione, connotato da una “grammatica” concettuale nuova, per alcuni versi, semplificata (*id est*: nozione onnicomprensiva di materia penale ovvero di accusa o, ancora, di reato), per altri aspetti notevolmente complessa e problematica (*id est*: nozione di condanna, da intendersi in termini sostanziali o formali oppure il contenuto del concetto di legge, per le tradizioni dei Paesi di *civil law*, fortemente ancorato al rispetto del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale), il cui studio richiede inevitabilmente un approccio interdisciplinare e dialogico.

Un'esemplificazione dei mutamenti in corso della scienza penalistica ad opera del sistema multilivello dei diritti umani viene data dal giudicato penale e dalle sue

Cedu. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, con nota di GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016.

¹⁶² Cfr. C. eur. dir. uomo, 1 settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia* con nota di GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2015. Sulla gestione dell'emergenza migranti, anche l'Agenzia europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea si è recentemente espressa, sollecitando gli Stati ad adottare misure alternative a forme di detenzione, anche provvisoria, per il trattamento dei cittadini extracomunitari: nello studio presentato nell'ottobre del 2015, l'Agenzia europea invita i Paesi dell'Unione ad applicare, in conformità agli artt. 5 e 6 Cedu, misure non coercitive e alternative, come, ad esempio, l'obbligo di consegna del passaporto e di altri documenti di viaggio, l'obbligo di residenza in una determinata area geografica, il monitoraggio elettronico, la presenza in strutture alternative e l'obbligo di presentarsi con regolarità dinanzi alle forze dell'ordine. Nel caso della giurisprudenza dell'Unione europea, inoltre, il *leading case* è rappresentato dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Ue del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, nel procedimento *El Dridi*, con la quale i giudici europei hanno statuito l'incompatibilità dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. 286/1998 (t.u. imm.) rispetto agli artt. 15 e 16 della Direttiva rimpatri 2008/115/CE nella misura in cui prevedeva a carico del cittadino irregolare la comminazione della pena della reclusione per la mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio italiano. Sul punto, cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, di cui si tratterà ampiamente nel successivo capitolo, nella apposita sezione dedicata ai rapporti tra il giudicato penale e la giurisprudenza dell'Unione europea.

ripercussioni rispetto all'esecuzione della pena detentiva: la connessione tra il giudicato di condanna e la pena comporta necessariamente lo studio sia del diritto processuale sia del diritto sostanziale, secondo una visione complessiva ed unitaria che tenga conto di una duplice dimensione, l'effettività e la stabilità del sistema giuridico, da una parte, ed esigenze sostanziali di giustizia, dall'altra.

II.

IL MITO DEL GIUDICATO PENALE¹⁶³

Il fine del processo non è soltanto la scoperta della verità, la incriminazione dei colpevoli, la difesa della società. Altrettanto essenziale è che l'indagine e la lotta contro la criminalità sia condotta in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole. La dignità e la civiltà dello strumento utilizzato costituiscono, di per sé, un valore da perseguire ...

[NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 24]

SOMMARIO: 2.1. Premessa. La nozione di giudicato penale. – 2.2. L'intangibilità del giudicato nel processo penale: principi generali ed evoluzione storica. – 2.2.1. (*Segue*) Le prime esperienze codicistiche. – 2.3. Il fondamento del giudicato nella dimensione politica e costituzionale. – 2.4. Il giudicato e l'esecuzione penale: procedimento a più tempi. – 1.5. Il divieto di un secondo giudizio: il principio del *ne bis in idem*. – 2.5.1. (*Segue*) I risvolti internazionali. – 2.5.2. (*Segue*) Esecuzione penale e giudicato estero. – 2.6. Giudicato penale e processo civile. Gli effetti penali indiretti. – 2.7. Il giudicato "aperto" sulla pena: dalla revisione del processo alla giurisdizione "rieducativa".

2.1. Premessa. La nozione di giudicato penale.

Nell'impostazione dogmatica tradizionale il giudicato penale rappresenta "l'essenza della decisione terminativa del giudizio, contenuta in un provvedimento giurisdizionale avente carattere di sentenza di proscioglimento o di condanna ovvero di decreto di condanna, divenuti irrevocabili"¹⁶⁴.

Il giudicato costituisce, quindi, il segmento conclusivo della vicenda processuale: la struttura interna del processo penale è costruita fisiologicamente come un *iter* progressivo di atti che conducono verso un *dictum* definitivo ed irrevocabile, non più soggetto ad impugnazione, quale espressione massima dell'attività giurisdizionale.

¹⁶³ Espressione coniata da LEONE G., in *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1987, p. 63 ss.; locuzione poi ripresa da UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2012.

¹⁶⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1972, p. 573; NORMANDO, *Il giudicato penale*, (diretto da), Spangher, *Trattato di procedura penale*, vol. VI, *Esecuzione e rapporti con autorità straniera*, Torino, 2009, p. 5.

Il fondamento dell'istituto si rinviene, dunque, nell'esigenza connaturata all'accertamento penale ed è finalizzato a non consentire la riapertura di vicende processuali definite: “È nella medesima natura delle cose e nei limiti delle umane possibilità che ad un certo momento – esperiti tutti i rimedi predisposti a rimuovere le cause di ingiustizia – il processo sbocchi nella dimensione irrevocabile, come le onde agitate di un fiume anelano a sfociare nella riposante quiete dell'estuario”¹⁶⁵.

Secondo la dottrina tutto il sistema processuale tende al giudicato, atteso che solo con esso – in ragione delle istanze garantistiche processuali, tra cui, *in primis*, la presunzione di non colpevolezza – si realizza l'accertamento della pretesa punitiva dello Stato nei confronti del cittadino: “È evidente che tutto il processo è diretto, per così dire, al giudicato e, in effetti, la nascita del giudicato, a volerla riguardare in senso lato, ha origine dal processo tutto”¹⁶⁶.

Il giudicato penale rappresenta, altresì, il segmento iniziale della vicenda punitiva del singolo: laddove, infatti, la vicenda processuale si concluda con la condanna, il comando giudiziale insito nella sentenza diviene attuale solamente con la formazione del giudicato, in ragione del quale si instaura la successiva fase procedurale di esecuzione della pena. *Il giudicato penale* costituisce, quindi, sia *l'istituto di chiusura della fase processuale* sia *il fondamento primo ed essenziale della fase esecutiva*.

È chiaro come tale istituto compendi in sé profili processuali e sostanziali: da una parte, infatti, il giudicato è la fattispecie tecnica che conclude l'*iter* processuale, dall'altra è la fonte di effetti squisitamente sostanziali, in ragione delle sue ricadute sulla sfera soggettiva del singolo in termini di accertamento della colpevolezza e di esecuzione della pena. Il giudicato penale si presenta, pertanto, come un istituto a cavaliere tra la procedura penale ed il diritto sostanziale, “una realtà di frontiera fra il diritto processuale, che lo ha formato, ed il diritto sostanziale, che lo accoglie nei suoi esiti, tipicamente sostanziali”¹⁶⁷.

In relazione alla sua natura ibrida, il giudicato penale può definirsi anche come “istituto processuale a vocazione sostanziale”, laddove con tale espressione si intende indicare la duplice componente sia processuale sia sostanziale. È indubbio, tuttavia, che

¹⁶⁵ Cfr. LEONE G., *Il mito del giudicato*, cit., p. 63.

¹⁶⁶ Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale: percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, p. 48.

¹⁶⁷ Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 114.

il passaggio in giudicato della sentenza di condanna rappresenti un momento di incidenza della posizione sostanziale dell'imputato. Le implicazioni di tipo sostanziale si percepiscono, infatti, maggiormente in relazione al *giudicato penale di condanna*, in cui l'*iter* processuale si conclude con l'applicazione al caso di specie del diritto penale sostanziale, con l'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, per la fattispecie penale contestata dalla pubblica accusa in sede di esercizio dell'azione penale, e l'irrogazione della relativa pena.

Solamente con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, le norme processuali incidono irreversibilmente sulla posizione sostanziale dell'imputato: “Si può immaginare la posizione sostanziale, del diritto penale, come il colore di un quadro e il giudicato come l'unico pittore cui sia consentito di intervenire sul quadro. Se il quadro ha già uno sfondo bianco, l'intervento del pittore avrà un senso solo se il pittore stesso intende dipingere il quadro di nero. Se il pittore intende invece lasciare lo sfondo bianco, semplicemente non interverrà sul quadro e lo lascerà come è, bianco: sarebbe illogico fare altrimenti. La presunzione di innocenza impone che il quadro abbia uno sfondo bianco. Solo per modificare tale sfondo interviene il giudicato penale, la cui funzione manca, nel caso in cui intenda mantenere la situazione preesistente, cioè il quadro bianco”¹⁶⁸. Riprendendo la metafora del quadro, si desume come la sentenza di proscioglimento, intesa in senso lato, lasci invariata la situazione sostanziale dell'imputato, non esplicando effetti di natura sostanziale: il prosciolto infatti non ha alcun bisogno di una norma sostanziale che lo dichiari innocente, essendo egli considerato già tale, secondo l'ordinamento, ai sensi dell'art. 27, co. 2 Cost.¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 121.

¹⁶⁹ Per il diritto, sostanziale, il prosciolto è già innocente e la sentenza di proscioglimento nulla aggiunge alla posizione dell'imputato: secondo la dottrina infatti “la regola è l'innocenza; il processo può modificare questa situazione nel senso che, dopo il giudicato di condanna, un reato esiste e dunque il giudicato di condanna rispetto ad una situazione sostanziale nR (*nessun reato è stato commesso*), può portare all'effetto sostanziale R (*si accerta che un reato esiste*) e, dunque, può avere effetti sostanziali. Non si comprende invece quale senso logico possa avere un effetto sostanziale all'esito di una sentenza che stabilisca nR, oppure un generico non *liquet* (*id est*: ad esempio una sentenza di proscioglimento per prescrizione), dal momento che la regola sostanziale è già nR, cioè che “nessun reato può essere considerato commesso e nessun soggetto può essere ritenuto colpevole, né sottoposto a pena”. Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 121. Secondo l'autore inoltre le ragioni per cui, nel processo penale, si possano distinguere la trattazione del giudicato a seconda dei suoi effetti sono di natura logico-intuitiva: “Nel processo penale vi è infatti una evidente asimmetria fra i due possibili esiti del processo. Nel processo civile, invece, poiché è indifferente chi dei due soggetti risulti vittorioso nel giudicato – si tratta infatti di soggetti posti sullo stesso piano – non ha senso distinguere gli effetti del giudicato *secundum litis*”. Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., nt n. 69, p. 120. Con tali argomentazioni, non si vuole certo tacere come, ad oggi, di fatto, la vera sanzione sia rappresentata

La condanna penale definitiva, invece, rappresenta un *punto di congiunzione tra il processo penale ed il diritto sostanziale*, il momento che segna inevitabilmente *la fine del processo penale e l'inizio dell'esecuzione della pena*. Secondo tali argomentazioni, può dirsi allora che solamente attraverso il giudicato assumono rilevanza stabile le implicazioni di diritto sostanziale per l'imputato, la cui posizione – dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna – è interamente regolata dal comando giudiziale insito nella pronuncia del giudice: *il giudicato diviene quindi il riferimento normativo della fase esecutiva, il prius logico-giuridico indefettibile per l'applicazione del diritto penale sostanziale al caso concreto*¹⁷⁰.

Senza il giudicato, non può parlarsi tecnicamente nè di responsabilità penale, né tanto meno di colpevolezza. Senza il passaggio in giudicato della sentenza di condanna non può altresì instaurarsi la fase esecutiva della pena e quindi non può realizzarsi compiutamente la pretesa punitiva dello Stato con l'esecuzione della pena.

2.2. L'intangibilità del giudicato nel processo penale: principi generali ed evoluzione storica.

Una compiuta disamina dell'istituto del giudicato non può prescindere dalla corretta delimitazione del significato di tale concetto.

Come è noto, il termine giudicato deriva dalla traduzione del latino *iudicatum* ed indica la decisione definitiva di una lite ovvero di una questione da parte dell'organo chiamato a giudicare. In senso analogo, si ricorre frequentemente al diverso termine di cosa giudicata, dal latino, *res iudicata*, intesa quale sinonimo di giudicato.

A ben vedere, in realtà i due termini, ad oggi sinonimi, esprimevano, nella tradizione giuridica romana, due nozioni concettuali differenti: con il termine *iudicatum*, infatti, si soleva esprimere il *dictum* immutabile e con esso si indicava la decisione

proprio dal processo, il quale assume forti implicazioni di tipo pregiudizievoli per l'imputato per il solo fatto di venire processato (anche se poi assolto). Per le ricadute negative del processo sull'imputato, si rimanda a quanto detto sopra, p. 7; per una soluzione *de iure condendo*, in un'ottica di deflazione processuale, cfr., invece, *infra*, p. 322 ss.

¹⁷⁰ La tesi del giudicato in chiave di riferimento giuridico individuale si deve a D'Orazi, il quale nella sua ricostruzione sistematica della revisione, propone una definizione del concetto di giudicato penale di condanna quale norma giuridica concreta, in cui – per l'effetto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna – viene ad esistenza per il singolo imputato il diritto penale sostanziale e le sue implicazioni in termini di accertamento positivo del reato, del giudizio della colpevolezza e di irrogazione della pena. Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 121.

definitiva ed irrevocabile emessa da parte dell'organo giurisdizionale. Con la locuzione di *res iudicata*, invece, si veniva ad identificare “la situazione fatta valere in giudizio dall'attore e contestata dal convenuto che attraverso il processo veniva sottoposta al giudice e da questi decisa in modo definitivo”¹⁷¹: in ambito penale, quindi, la cosa giudicata rappresentava il tema (*id est*: il *petitum*), la materia del giudizio.

Nel linguaggio processuale romano, pertanto, il giudicato costituiva la sentenza definitiva, mentre la cosa giudicata il suo oggetto. Tale distinzione concettuale è di fondamentale importanza laddove si consideri che nella tradizione romana, la sentenza era immediatamente irrevocabile ed esecutiva: successivamente, con l'evoluzione

¹⁷¹ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, p. 12. Si precisa come la teorizzazione del giudicato sia dipesa in grande parte dal contributo della dottrina processual-civilista, la quale, a partire dagli studi della Pandettistica tedesca, si è occupata di fornire un'elaborazione concettuale all'istituto del giudicato civile: le riflessioni propriamente civilistiche furono riprese anche in sede penale, laddove, invece, mancava un serio ed articolato substrato dogmatico intorno al giudicato penale. Nonostante, quindi, la differenza di *ratio* e di disciplina sussistente tra il processo civile e quello penale, il punto di partenza per la delimitazione della nozione di giudicato è rappresentato dalla dogmatica processual-civilistica. In tal senso, cfr. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 192 ss.; CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 298 ss.; ID., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 475 ss.; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, vol. I, Bologna, 2004; ID., *Della regiudicata criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, 1911, p. 290 ss.; CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 406 ss.; ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III, rist., Milano, 1993, p. 231 ss.; ID., *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, rist., Milano, 1993, p. 399 ss.; DE LUCA, *I limiti soggettivi alla cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 90 ss.; ID., voce *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 2 ss.; FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della “cosa giudicata”*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, p. 589 ss.; LEONE G., *Il mito del giudicato*, cit., p. 63 ss.; LIEBMAN, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, p. 252; ID., voce “*Giudicato I) Diritto processuale civile*”, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 1989, p. 7 ss.; LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 913 ss.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; ID., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 404 ss.; MORTARA, ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1917, p. 235 ss.; PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 516 ss.; ID., voce “*Giudicato civile (diritto vigente)*”, in *Enc. Dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785 ss.; ID., voce “*Giudicato civile (storia)*”, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1969, p. 762 ss.; ROCCO Art., *Trattato della cosa giudicata come causa dell'estinzione dell'azione penale*, Roma, 1932; TROCKER, voce *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Leipzig, 1848, p. 26 ss. Per un riferimento alla dottrina processual-civilistica tedesca e francese, cfr. BERNER, *Der Grundsatz des Ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig, 1981, pp. 482; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlagen, 1873, p. 348 ss.; HIRTZ, *De l'autorité de la chose jugée en general en droit romain*, Colmar, 1870, p. 189 ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, III, Paris, 1848, pp. 536-537; HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, p. 12 ss.; KELLER, *Über Litis Contestatio und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, 1827, p. 221 ss.; LACOSTE, *De la chose jugée en materie civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, Paris, 1894, p. 250 ss.; NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris, 1973, p. 17 ss.; RHEINGANS, *Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung von 1877*, Breslau-Neukirch, 1937, p. 8 ss.; SPINELLIS, *Die materielle Rechtskraft des Strafurteils unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes ne bis in idem*, München, 1962, p. 3 ss.; WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, p. 72 ss.

dell'ordinamento processuale e l'introduzione del giudizio di appello, si è progressivamente affermato il principio per il quale la formazione del giudicato non avveniva più con la mera emissione della sentenza, bensì a seguito del compiuto esperimento dei mezzi di impugnazione, momento in cui la *sententia transit in iudicatum*¹⁷².

Dal mutamento strutturale del processo romano, una parte della dottrina ricavava la distinzione – successivamente rielaborata dalla dottrina processual-civilistica tedesca nel XVII secolo – tra *cosa giudicata sostanziale* e *cosa giudicata formale*¹⁷³.

La *cosa giudicata sostanziale* veniva individuata nella relativa espressione latina *auctoritas rei iudicatae* ed esprimeva il valore vincolante della sentenza passata in *iudicatum*: la vincolatività della *res iudicata*, in ambito penale, si concretizzava nel comando autoritativo per il singolo, e, nel vincolo negativo, attraverso il meccanismo preclusivo dell'*exceptio rei iudicatae*, diretto ai giudici aditi successivamente per l'*eadem re* in termini di astensione dal pronunciarsi nuovamente sulla questione già decisa con la sentenza¹⁷⁴.

¹⁷² Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 52. L'introduzione dell'*appellatio* modificò in modo solamente parziale l'impianto concettuale della tradizione giuridica, risalente sia alla fase, più antica delle *leges actiones*, sia al processo *per formulas*: se infatti l'*appellatio* veniva effettivamente esercitata nel breve termine di trenta giorni, coincidente con il termine sospensivo per l'esecuzione della sentenza, l'efficacia della *res iudicata* rimaneva sospesa fino alla conclusione del giudizio d'appello, per estinguersi interamente se la nuova sentenza annullava o riformava la prima, o invece, stabilizzarsi definitivamente nel caso in cui la nuova sentenza avesse confermato la precedente. Il mutamento processuale poteva definirsi minimo, attesa la circostanza per cui – anche in ragione dell'efficacia sospensiva dell'appello – la sentenza produceva effetti rilevanti sin dalla sua stessa emanazione.

¹⁷³ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 52.

¹⁷⁴ Esula invece dal campo di operatività della *res iudicata* l'efficacia positiva vincolante *erga omnes*: su tale accezione della *exceptio rei iudicatae* la dottrina processual-civilistica si è profusa in copiose ricostruzioni teoriche, in ragione anche della peculiarità del processo civile, radicalmente opposto rispetto alla *ratio* sottesa al processo penale. Secondo Callari, infatti, la *res iudicata penale* “non possiede, però, quel valore positivo perfetto, tale da conferire efficacia *erga omnes* alla sentenza penale irrevocabile, in quanto l'inclusione dell'accertamento del fatto nella sfera della *firmitas iudicati* non significa, né implica, estendere l'efficacia regolamentare della cosa giudicata oltre i soggetti coinvolti nel processo, *adversus omnes*”. Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 54. Con il concetto di *firmitas iudicati*, invece, si suole evidenziare, seppur *in nuce*, la formazione progressiva del giudicato, in un momento successivo e diverso rispetto all'emanazione della sentenza: «Il termine “firmitas” viene ad indicare l'accrescimento ed il corroboramento del valore giuridico, non soltanto del *decisum* (che costituisce il risultato precettivo dell'accertamento sulla responsabilità dell'imputato), bensì dell'intera pronuncia giurisdizionale, ossia del *dictum*. La sentenza, con il passaggio *in iudicatum*, si trasferisce e sublima, acquistando la forza di comando ed il connotato dell'immutabilità. Pertanto, il campo semantico della locuzione “firmitas” mette in rilievo anche un profilo di “autorità”, in quanto strettamente connesso *ab origine*, alla fondazione di un ordine superiore ed alla stabilità ed intangibilità nel tempo». Il concetto di *firmitas iudicati* acquisisce autonomia e rilevanza in ragione dell'introduzione nel sistema processuale dello *ius appellandi*, in età imperiale, nello schema della *cognitio extra ordinem*: il fondamento politico dell'intangibilità del giudicato veniva rinvenuto nella *utilitas publica*, quale valore ontologico e

Sull'impostazione processuale romana, si innestò, inoltre, l'elaborazione dogmatica di Bartolo da Sassoferrato, il quale, prendendo le mosse dalle fonti romane di età imperiale, giunse ad identificare il concetto di giudicato con la sentenza definitiva, nei cui confronti non erano stati esperiti mezzi di impugnazione ovvero lo *ius appellandi* delle parti si era esaurito. L'emanazione della sentenza quindi non produceva alcun effetto tipico del giudicato: sentenza e giudicato erano concepiti come due momenti distinti e concettualmente separati¹⁷⁵.

A partire, quindi, dall'insegnamento di Bartolo, il giudicato si legò indissolubilmente al meccanismo delle impugnazioni: tale portato assurgeva a regola tradizionale per il diritto continentale, ad eccezione della Francia, ove ad oggi permane la formazione del giudicato con la mera emissione della sentenza¹⁷⁶.

All'interno del dibattito dogmatico tedesco, in particolar modo, in relazione al processo civile, iniziò a svilupparsi il dibattito sulla natura del giudicato e sull'individuazione di un suo fondamento giuridico in un'ottica di sistema: sullo scenario, emergevano due principali ricostruzioni dogmatiche, le quali si differenziavano a seconda dell'esaltazione del riconoscimento di un'efficacia positiva del giudicato, oltre che al suo connotato tipicamente preclusivo/negativo (*id est*: il principio del *ne bis in idem*). Le prospettazioni dogmatiche si fondavano sulla massima ulpiana, per cui *res iudicata pro veritate accipitur*¹⁷⁷, in origine riferita esclusivamente ad una specifica tipologia di sentenza afferente alla dichiarazione giudiziale dello *status*

pragmatico del sistema giuridico. Il *iudicatum* svolgeva quindi una funzione squisitamente pragmatica e funzionale alla coerenza sostanziale all'ordinamento giuridico nel suo complesso. Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 54 ss.

¹⁷⁵ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. pp. 14-15.

¹⁷⁶ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 52; D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., pp. 20-21; PUGLIESE, voce "Giudicato civile (storia)", cit. p. 792 ss. Tale tradizione venne successivamente rielaborata dalla Pandettistica tedesca ed, in particolar modo, da Savigny – fondatore della *Historische Rechtsschule* – al quale viene attribuita la esclusiva paternità della distinzione concettuale tra *formelle e materielle Bedingungen der Rechtskraft*: l'autore infatti elaborò la contrapposizione tra cosa giudicata formale, intesa come irrevocabilità della pronuncia giurisdizionale che si attua con il passaggio in giudicato della medesima e cosa giudicata sostanziale quale vincolo dell'accertamento giudiziario definitivo. Sulla attribuitività della distinzione concettuale a Savigny, D'Orazi si mostra critico, sostenendo come l'elaborazione della contrapposizione tra giudicato sostanziale e formale non sia riferibile esclusivamente al lavoro isolato e solitario dell'autore tedesco, ma sia piuttosto attribuibile al pensiero giuridico ottocentesco nel suo insieme. Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., nt. 55, pp. 20-21.

¹⁷⁷ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 182. Il riferimento testuale della citazione latina si rinviene in Dig. 1.5.25 (*Ulpianus l. 1 ad legem Iuliam et Papiam*). Per una ricostruzione della formula ulpiana, cfr. PUGLIESE, "Res iudicata pro veritate accipitur", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 503; ID., voce "Giudicato civile (storia)", cit., p. 722.

di *ingennus*, volta, quindi, ad indicare come il provvedimento giurisdizionale fungesse da fonte giuridica della *ingenuitas*¹⁷⁸.

Successivamente, per effetto di una sua progressiva generalizzazione, l'efficacia di tale regola venne ascritta alla logica probatoria, intesa come presunzione di verità assoluta, *preasumpcio iuris et de iure*¹⁷⁹: secondo tale tesi, il giudicato non conduceva ad una verità ontologica e materiale, bensì si limitava a rappresentare una realtà logica e legale, imponendo al giudice una cognizione della cosa giudicata al pari di un mezzo di prova legale¹⁸⁰.

La rivisitazione dell'istituto del giudicato, in ambito penale, iniziò ad affermarsi durante la Rivoluzione francese, in cui l'opposizione all'*Ancien regime* prese di mira i baluardi della precedente procedura criminale: l'intangibilità del giudicato penale "non

¹⁷⁸ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. p. 182.

¹⁷⁹ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 184 ss. Per una ricostruzione storica, cfr. CALASSO, *Medioevo nel diritto*, I, Milano, 1954, p. 370 ss.; KANTOROWICZ, *Studies in the glossator of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 181 ss. Secondo tali autori la teorizzazione del giudicato in una dimensione squisitamente probatoria si ha con la seconda metà del XIII secolo, con l'opera di Jacques de Revigny, *Lectura super Codice*, Paris, 1519, *De confessis*, fol. 362.

¹⁸⁰ A tale tesi si contrappose la teoria processuale sia nella versione pura del Brinz sia in quella ortodossa di Hellwig, in ragione delle quali si negava perveramente l'efficacia positiva del giudicato, evidenziando come quest'ultimo potesse esplicitare unicamente un vincolo negativo nei confronti dei giudici successivamente aditi. Per la teoria sostanziale tedesca, quindi, il fondamento dell'intangibilità del giudicato consisteva nel fatto che la sentenza irrevocabile crea una nuova situazione giuridica materiale, per *fictionem iuris*. La dottrina tedesca di fine Ottocento ricondusse il discorso sul fondamento del giudicato da una dimensione probatoria alla sfera soggettiva/sostanziale, attribuendo allo stesso un'efficacia costitutiva: secondo il Savigny, infatti, la giustificazione giuridica del giudicato risiederebbe in una "finzione di verità", attesa l'idoneità della sentenza definitiva ed irrevocabile ad assurgere a fattore costitutivo di una situazione giuridica sostanziale nuova, che opera nell'ordinamento *come se* fosse la verità materiale. Alla tipica funzione preclusiva/negativa dell'*exceptio rei iudicatae* romana, gli autori tedeschi affinarono la portata positiva del giudicato, affermando come esso, oltre ad inibire al successivo giudice adito di decidere nella medesima situazione già oggetto della pronuncia definitiva, aggiungesse un vincolo di natura positiva, in ragione della sua valenza costitutiva anche rispetto ai terzi, inteso come obbligo per il giudice successivamente adito *de eadem re* di pronunciarsi in senso conforme al *dictum* precedente. In ambito processual-penalistico prevalse la teoria processuale, con l'esaltazione della portata essenzialmente negativa del giudicato, limitando il riconoscimento di un'efficacia costitutiva/positiva della sentenza definitiva solamente nei modi e nei casi tassativamente indicati, di volta in volta, nelle varie codificazioni in relazione alla fase esecutiva della pena. La dottrina francese, fortemente influenzata dalle teorizzazioni di Pothier in ambito civile, rimase, invece, legata alla concezione del giudicato in un'ottica di presunzione probatoria legale sin al suo definitivo superamento alla fine del XIX secolo: secondo una parte della dottrina, infatti, la funzione negativa del giudicato consisterebbe proprio nella presunzione di verità che la sentenza definitiva acquisisce, mentre il vincolo positivo sarebbe rappresentato dall'idoneità del giudicato ad assurgere a fondamento del diritto d'esecuzione della pena. Secondo la versione pura, il vincolo negativo di successiva decisione si esprimeva in termini di divieto di pronuncia di qualsiasi lite o questione già giudicata; nella versione ortodossa, invece, la direzione del vincolo preclusivo era orientata unicamente all'emanazione di una pronuncia contraria al precedente giudicato. Per un approfondimento, cfr. GARRAUD R.-GARRAUD P., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure penale*, VI, Paris, 1929, p. 185 ss.; LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, cit., p. 250 ss.; HIRTZ, *De l'autorité de la chose jugée en general en droit romain*, cit., pp. 189 ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., pp. 536-537; NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, cit., p. 17 ss.

venne più considerata tanto un valore unitario che garantisce globalmente la certezza del diritto, quanto un grande e vitale presidio della libertà individuale e dell'innocenza, un limite invalicabile all'attività repressiva dello Stato"¹⁸¹. Nella dinamica del processo penale, si registrò quindi un'esaltazione, sin dai tempi delle primissime codificazioni in epoca post-rivoluzionaria, del giudicato in chiave preclusiva: già infatti negli artt. 255 e 426 del *Code Merlin* del 25 ottobre 1795 si ebbe una formalizzazione del principio del *ne bis in idem*¹⁸² derivante dalla pronuncia liberatoria, istruttoria o di merito, con il riconoscimento della possibilità di riapertura del giudizio *post* giudicato nel caso di *nova* che consentissero la riformulazione dell'accusa¹⁸³.

Analoghe disposizioni erano rinvenibili altresì nel *Code d'instruction criminelle* del 1808, agli artt. 246 e 360, ove, senza soluzione di continuità, si ribadiva il principio dell'intangibilità del giudicato penale in funzione di vincolo negativo/preclusivo¹⁸⁴.

2.2.1. (Segue) *Le prime esperienze codicistiche.*

Le prime ipotesi normative francesi e il substrato dogmatico tedesco influenzarono il processo di codificazione in Italia. Così l'art. 518 c.p.p. del 1865 stabiliva che: "L'accusato assolto o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato pel medesimo fatto"¹⁸⁵. Il giudicato, nel codice di procedura penale del Regno d'Italia,

¹⁸¹ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., p. 95. L'impostazione concettuale francese, poi tramandata nelle successive codificazioni anche italiane, faceva perno sulla distinzione tra le decisioni rese dalle giurisdizioni istruttorie e le sentenze emesse all'esito del dibattimento: le prime, limitandosi a dichiarare il non luogo a procedere allo stato degli atti e non risolvendo la questione penale in modo definitivo, non costituivano ostacolo ad una nuova accusa per il medesimo fatto, laddove fossero sopraggiunte nuove prove; le seconde, invece, statuendo definitivamente in ordine ai fatti oggetto dell'imputazione, estinguevano l'azione penale in modo tale che sul tema non fosse più possibile decidere nuovamente.

¹⁸² Principio inserito anche all'art. 253 della *Constitution du 5 Fructidor*, an III del 22 agosto 1795, per affermare solennemente l'obbligatorietà della regola per cui "toute personne acquittée par un jury legal ne peut être reprise ni accusée pour le même fait". Sul punto, cfr. CAMPARDON, *Le Tribunal Révolutionnaire de Paris*, Paris, 1866, I, p. 346 ss.

¹⁸³ Cfr. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, cit., pp. 250 ss.; NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, cit., p. 17 ss.

¹⁸⁴ Cfr. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, cit., p. 17 ss.

¹⁸⁵ L'impostazione francese costituì il modello normativo anche per i codici preunitari, come, ad esempio, il codice di procedura criminale del Regno di Sardegna del 1847, che riprese pedissequamente le disposizioni francesi in punto di giudicato ed esecuzione penale. L'art. 438 stabiliva infatti che "l'accusato assolto, o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo né accusato pel medesimo fatto". Contro le sentenze di proscioglimento, era, invece, possibile l'esperimento dell'azione penale per il medesimo fatto, atteso che, ai sensi dell'art.

veniva visto come uno strumento preclusivo di un nuovo giudizio in tutti i casi in cui fosse stata pronunciata l'*absolutio ab observatione iudicii* o una sentenza ampiamente liberatoria: mancava invece una sua teorizzazione unitaria ed articolata, anche per le ipotesi di condanna, né veniva indicata la dinamica formativa della *res iudicata*, desumibile, tuttavia, dalle disposizioni dettate in materia di esecuzione della pena ex artt. 586 c.p.p., ammessa rispetto alle sentenze passate in giudicato.

Il codice del 1913, sulla falsariga delle legislazioni ottocentesche, riprendeva l'efficacia preclusiva del giudicato unicamente rispetto alle pronunce liberatorie, stabilendo all'art. 435 c.p.p. che l'imputato "assolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento per quel medesimo fatto, neppure se esso venga diversamente definito per titolo, grado o quantità di reato". Con la strutturazione dei requisiti dell'*idem factum* veniva così definito per la prima volta il portato dell'accertamento della *res iudicans*, allo scopo di evitare reiterazioni d'accusa celate dietro imputazioni alternative o diversamente formulate, ma aventi un nucleo di condotta del tutto coincidente con il primo. Non si rinveniva traccia, nemmeno in tale codificazione, dell'equiparazione delle pronunce di condanna rispetto a quelle di proscioglimento, in ragione della circostanza per cui "appariva ovvio il divieto di duplice punizione per il medesimo fatto"¹⁸⁶.

Il codice di rito del 1930, in linea di continuità con il suo predecessore, riproponeva una disciplina generale di giudicato interamente concentrata sull'effetto preclusivo: ciò che mutò fu, piuttosto, la *ratio* dell'istituto. Se la funzione del giudicato sottesa al codice di procedura del 1913 consisteva nella "necessità di reintegrare stabilmente l'ordine giuridico" in un'ottica garantistica sia a tutela del singolo sia della

367, si stabiliva che "l'imputato, riguardo al quale le Sezioni di accusa avrà dichiarato che non vi è luogo a rimandarlo avanti al Magistrato, non potrà più essere tradotto in giudizio pel medesimo fatto a meno che non sopravvengano nuove prove a suo carico". Tale formula di *absolutio ab instantia* venne abolita solamente con il codice di rito del 1865, essendo – fino ad allora – presente in pressochè tutte le esperienze codicistiche preunitarie: così, ad esempio, nel codice del regno Lombardo-Veneto, ex art. 437, ovvero nel codice del Regno delle Due Sicilie, ex art. 149. Anche il codice subalpino di rito del 1859 contiene la formalizzazione del principio del *ne bis in idem*: l'art. 504 stabiliva che "l'accusato assolto, o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato, pel medesimo fatto".

¹⁸⁶ Cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, cit., p. 542. L'esecuzione delle sentenze passate in giudicato, per l'art. 555 c.p.p., era ammessa solo a seguito dell'irrevocabilità, che si consolidava per effetto della pronuncia inoppugnabile della Corte di cassazione ovvero in caso d'infruttuoso decorso del termine per sindacare la pronuncia: la formazione del titolo esecutivo era quindi vincolata all'autorità della cosa giudicata, destinata "allo stato di potenza" sino a quando le condizioni descritte non si fossero verificate, determinando altresì la sospensione dell'esecuzione della pena.

collettività, il codice del 1930, invece, si ispirava ad una visione autoritaria del rapporto tra Stato e cittadino e, pertanto, il giudicato veniva ad essere identificato con la manifestazione dell'insindacabile imperatività della legge penale¹⁸⁷.

Il portato politico-ideologico del regime fascista si percepiva anche nella trama del codice, il quale, contrariamente ai precedenti, conteneva una normativa più complessa ed articolata: ai sensi dell'art. 576, co. 2 c.p.p., si definivano i requisiti normativi in base ai quali si potesse considerare una sentenza irrevocabile (*id est*: o nei casi in cui non fossero più esperibili gli ordinari mezzi di impugnazione, diversi dalla revisione oppure nei casi di intervenuta declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione); ai sensi dell'art. 90 c.p.p., invece, si delineavano gli effetti del giudicato, esclusivamente in termini preclusivi del *ne bis in idem*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Il giudicato assurgeva quindi a valore assoluto del sistema processuale, equivalente alla legge stessa, "l'incarnazione di una verità opponibile con efficacia *erga omnes*". Secondo Manzini, la *res iudicata* esprime "la forza riconosciuta dalla legge alla decisione del giudice per regolare giuridicamente in modo relativamente immutabile (cioè fuori dalle ipotesi di mutabilità espressamente previste dalla legge) il caso concreto deciso, così da imporsi positivamente con efficacia coercitiva, cioè esecutiva (così detta *actio iudicati*), e negativamente con efficacia proibitiva". Cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, cit., p. 542.

¹⁸⁸ La dogmatica processual-penalistica si è interrogata a lungo sull'individuazione del fondamento giuridico e politico del giudicato. Nell'ambito di tale dibattito, un contributo senza dubbio fondamentale alla *querelle* sulla giustificazione giuridica del giudicato penale si deve ad Arturo Rocco: egli critica fortemente le teorie della presunzione legale e della finzione della verità, le quali sarebbero state traslate dal dibattito processual-civilistico e adattate, senza soluzione di continuità, al processo penale. Tale operazione concettuale si presenta – secondo l'autore – assolutamente scorretta, attesa la peculiarità del processo penale, in cui, "a differenza che in quello civile, sono coinvolti *iura essentialia*, quali la vita, la libertà e l'onore dell'uomo". Cfr. ROCCO ART., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, cit., p. 237. L'accertamento processuale insito nella sentenza irrevocabile non ha un valore di verità squisitamente probatorio, al pari di una prova legale, né rappresenta un'equiparazione processuale della verità materiale in termini di fictio, ma è esso stesso la verità assoluta: la cosa giudicata secondo Rocco è "la verità umanamente conseguibile [...]; e tanto basta perché, esaurito in essa il processo essa rimanga inespugnabile ed inoppugnabile come la verità stessa". Secondo l'autore, il giudicato penale "si innalza e si purifica; è quasi una religione, la religione dell'umana giustizia". Cfr. ROCCO ART., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, cit., p. 233. Il pensiero di Rocco rappresenta chiaramente il portato dell'ideologia del ventennio fascista, secondo cui il fondamento politico del giudicato va ricercato nell'esigenza di ristabilire la certezza del diritto, intesa come stabilità dell'ordinamento giuridico e come massima manifestazione dell'infettibilità del potere punitivo dello Stato: in tale prospettiva si privilegia quindi una dimensione della certezza del diritto in chiave oggettiva, funzionale alla coerenza del sistema giuridico, e non nell'ottica soggettiva, a tutela della posizione soggettiva del singolo. Secondo Carnelutti, invece, il fondamento giuridico del giudicato penale è di natura squisitamente politica, atteso che nel processo penale, a differenza che in quello civile, non si disquisisce intorno all'attribuibilità di un diritto soggettivo ad una parte piuttosto che all'altra e, quindi, la ratio non risiede nella certezza dei rapporti giuridici economici e sociali, ma nell'accertamento della pretesa punitiva dello Stato rispetto alla posizione soggettiva del singolo. Il giudicato penale riveste quindi una funzione meramente pragmatica nella dinamica interna del processo. Cfr. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 289. Il processo di depotenziamento della portata del giudicato prosegue nell'elaborazione di Giovanni Leone, secondo il quale, al contrario di Carnelutti, nel processo penale il giudicato assume una valenza più specifica e vincolante, atteso che il fondamento dell'istituto sarebbe di natura duplice, l'autorità dello Stato, da una parte e la sicurezza giuridica,

L'intangibilità del giudicato iniziò ad essere messa in discussione in ragione della progressiva affermazione di esigenze garantistiche di libertà e di giustizia sostanziale, a partire dalla caduta del regime fascista e dall'avvento della Costituzione.

Con i D.Lgs. lgt. 27 luglio 1944, n. 159 e 5 ottobre 1944, n. 316, il D.L. 20 gennaio 1945, n. 25 ed il D.Lgs. lgt. 1 febbraio 1945, n. 105 venivano dettate delle specifiche disposizioni miranti ad intaccare il valore e l'efficacia giuridica delle sentenze di condanna passate in giudicato pronunciate nei confronti di cittadini italiani e stranieri considerati di razza ebraica dal Tribunale per la difesa dello Stato in base alle norme penali vigenti. Le disposizioni emergenziali in materia di revisione delle sentenze di condanna rese dal Tribunale per la difesa dello Stato denotavano l'imprescindibile necessità di procedere ad una puntuale e radicale rivisitazione della disciplina normativa del giudicato¹⁸⁹.

In seguito all'avvento della Costituzione, mutò infatti radicalmente il sistema dei rapporti tra Stato e cittadino e, con esso, il modo di concepire l'esercizio del potere punitivo rispetto ai diritti ed alle libertà del singolo. Il riconoscimento dei diritti fondamentali nella Carta costituzionale, quale nucleo essenziale ed indefettibile, imponeva *funditus* la rimodulazione dell'intero impianto processuale vigente, con l'individuazione delle norme contrastanti rispetto al rinnovato fondamento della funzione giurisdizionale: l'evoluzione culturale e la rinnovazione giuridica dei nuovi valori fondamentali della persona si innestò in gran parte grazie al significativo contributo interpretativo della Corte costituzionale, la quale, sin dalle sue prime pronunce, evidenziava la necessità di intervenire sul ripensamento complessivo dell'assetto processuale del codice di rito del 1930¹⁹⁰.

dall'altra, quale "espressione della certezza del diritto nel caso concreto" : in altri termini, il giudicato risponde sia all'esigenza "che la voce del potere e dello Stato che giudica abbia una forza notevole, che non diventi l'autorità giudiziaria un trastullo delle parti contendenti, e non sia ridotta all'ufficio di dar pareri meramente consultivi" sia alla necessità "della fissità del diritto, ovvero la necessità della permanenza di quello stato di pace che la decisione ha voluto instaurare mediante la composizione degli interessi in conflitto". Cfr. LEONE G., *Il mito del giudicato*, cit., p. 173.

¹⁸⁹ Cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, cit., p. 542 ss.

¹⁹⁰ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) Ubertis-Voena, vol. XLL1, Milano, 2012, p. 13; SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, in *Giust. pen.*, 1946, III, p. 33 ss. Per un diretto riferimento alle pronunce della Corte costituzionale, cfr., *ex multis*, Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Giur. cost.*, 1987, p. 836, nonché Corte cost., (ordinanza) 29 ottobre 1999, n. 413, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3178; Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136, cit., p. 1379; Corte cost., 4 febbraio 1982, n. 21, in *Giur. cost.*, 1982, p. 206.

2.3. Il fondamento del giudicato nella dimensione politica e costituzionale.

Con l'avvento della Costituzione, l'essenza politica e giuridica del giudicato si connota altresì di una forte componente soggettiva a garanzia del singolo¹⁹¹.

L'essenza garantistica del giudicato penale viene genericamente ricondotta all'art. 2 Cost. e, più nello specifico, a molteplici principi costituzionali: si pensi all'art. 13, in materia di libertà personale, agli artt. 14 e 15, concernenti la libertà di circolazione e stabilimento e la libertà delle comunicazioni, nonché agli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost., variamente connessi ai principi cardine del processo penale¹⁹².

Sulla riconduzione del giudicato a principio costituzionale si possono delineare tre diverse impostazioni dogmatiche: una prima formulazione individua il fondamento dell'istituto nell'insieme delle norme costituzionali¹⁹³; un secondo filone interpretativo identifica la *ratio* del giudicato in singoli principi costituzionali, quali, *in primis*, nell'art. 27, co. 2 Cost. in fatto di presunzione di non colpevolezza; nell'art. 25, co. 2 Cost., quale esemplificazione del principio di legalità ovvero nell'art. 111 Cost. in

¹⁹¹ Cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 92. Secondo De Luca, infatti, il giudicato è espressione di “un’esigenza di tutela della libertà”, atteso che nel processo penale non “si controverte intorno a un bene della vita, secondo l’espressione chiovendiana, che entra a far parte del commercio giuridico, bensì intorno al valore di un uomo, che è il vero protagonista del dramma penale”.

¹⁹² Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 20-21.

¹⁹³ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 20-21. Esponente della prima ricostruzione è Mancuso, il quale ripropone una visione costituzionalmente orientata del giudicato penale, in ragione di una lettura complessiva ed articolata delle singole disposizioni normative: “L’interpretazione congiunta dei parametri costituzionali desumibili dagli art. 2, 3, 24, 27, co. 2, 101, co. 2, 111, 112 e 117, in uno con l’art. 25, co. 2 Cost. e con le Carte internazionali [...] fornisce la dimensione del rilievo costituzionale attribuito nella dinamica d’accertamento all’istituto del giudicato, nella duplice accezione d’irrevocabilità e di preclusione al nuovo giudizio”. Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 22. Secondo l’autore gli indici del fondamento costituzionale del giudicato sarebbero rinvenibili, in primo luogo, nell’esegesi dell’art. 27, co. 2 Cost.: come è noto, infatti, “la presunzione di non colpevolezza, nella sua dimensione di regola di trattamento, vieta l’anticipazione del momento dell’esecuzione della pena sino a che la statuizione sulla colpevolezza non sia divenuta definitiva. Il sistema di accertamento mira alla formazione di un provvedimento incontrovertibile, destinato a risolvere il quesito riguardante la colpevolezza e, se del caso, circa la pena da eseguire”. Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 23. Secondo i sostenitori della copertura costituzionale, il riconoscimento del principio del giudicato troverebbe conforto anche nelle fonti sovranazionali, laddove è inequivocabilmente affermato il divieto del *bis in idem* a tutela della libertà dell’individuo: si fa riferimento, in particolar modo, agli artt. 14, co. 7 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966 e 4, co. 1 del Protocollo n. 7 Cedu, emanato a Strasburgo il 22 novembre 1984. La portata costituzionale del principio del giudicato è suffragata anche dalla sua inclusione all’interno della Carta dei diritti di Nizza, la quale ai sensi dell’art. 6, co. 1 del Trattato di Lisbona, è ad oggi parte integrante delle fonti primarie del diritto comunitario: la Carta sancisce all’art. 50 il divieto del *bis in idem*, per cui “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

materia di giusto processo ed, in particolare, nell'esperibilità del ricorso per cassazione per violazione di legge¹⁹⁴; una terza ricostruzione dogmatica nega una copertura

¹⁹⁴ Cfr., *ex plurimis*, ANDRIOLI, *Tre aspetti della Corte di Cassazione*, in *Dir. giur.*, 1996, p. 292 ss.; BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, in *Tommaso Natale*, 1973, p. 65 ss.; CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (Meditazioni sull'art. 111, comma 2°, Cost.)*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, p. 1879 ss.; CHIAVARIO, *Processo penale e garanzia della persona. le garanzie fondamentali*. II, Milano, 1984, p. 247 ss.; COLAMUSSI, *La sentenza tra definitività e irrevocabilità*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno. Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, p. 205 ss.; DOMINIONI, *La presunzione di non innocenza*, in *Domioni, Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 240 ss.; GIARDA, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, (a cura di), Grevi, Bologna, 1981, p. 253 ss.; GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Grevi, Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000, p. 9 ss.; FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in *Ferrua, Studi sul processo penale. II. Anamorfosi dell'imputato in custodia preventiva*, Torino, 1992, p. 122 ss.; FLORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, (a cura di), Dean, Torino, 2007, p. 134 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 31 ss.; NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27/2 della Costituzione*, in *Tommaso Natale*, 1978, p. 846 ss.; MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 758 ss.; MAZZARELLA, *Cassazione: I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1993, p. 6 ss.; PIZZORUSSO, *Corte di Cassazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1988, p. 2 ss.; UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, 2007, p. 168 ss. Un'altra parte della dottrina rielabora, invece, il concetto di giudicato penale intorno al significato letterale del precetto costituzionale della presunzione di non colpevolezza, enfatizzando il legame del principio rispetto alla condanna definitiva: il giudicato penale di condanna è la fattispecie giuridica concreta in grado di chiudere l'accertamento processuale, superando la presunzione di non colpevolezza e andando a costituire gli effetti sostanziali dell'esecuzione della pena rispetto all'imputato. Il giudicato penale è infatti l'elemento giuridico fonte di creazione della responsabilità penale e della colpevolezza dell'imputato: "In altri termini, la regola espressa dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2 Cost.) può riassumersi anche, nel suo aspetto oggettivo, come: *Nullum crimen nulla poena sine re iudicata*". Il nesso intercorrente tra il giudicato penale e il principio di legalità si percepisce – secondo l'autore – nella misura in cui si decide di intendere l'istituto come un diritto alla "quiete penalistica", secondo il disposto dell'art. 25, co. 2 Cost.: tale diritto consisterebbe nel poter "contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale) stabile", funzionale ad ottenere una sentenza giusta. La riflessione dogmatica ha condotto all'individuazione di un legame del giudicato altresì nella dinamica del giusto processo: il processo penale "giusto", ai sensi delle garanzie costituzionali di cui all'art. 111 Cost., assurge a strumento funzionale al raggiungimento della stabilità e del *decisum* e della certezza delle situazioni giuridiche, destinate a divenire cosa giudicata nel pieno rispetto delle tutele difensive, approntate a vantaggio dell'individuo. L'accertamento processuale è assistito altresì dal principio di cui all'art. 111, co. 7 Cost., che riconosce la possibilità di denunciare mediante ricorso per cassazione la violazione della legge contenuta nelle sentenze e nei provvedimenti che dispongono sulla libertà personale. Secondo D'Orazi, quindi, il nucleo essenziale ed indefettibile del giudicato viene ad identificarsi con la sentenza unitamente all'esperibilità del ricorso per cassazione *ex art. 111, co. 7 Cost.*, quale baluardo ultimo della garanzia individuale ad un accertamento processuale giusto e privo di violazioni di legge sostanziale e processuale. Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. il giudicato penale assolve una duplice funzione: di tutela difensiva dell'individuo, da una parte e di affidabilità del risultato d'accertamento del processo conclusosi con la sentenza definitiva. Cfr. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 160. Un'ultima connessione di portata costituzionale viene rinvenuta da parte della dottrina in relazione agli obblighi d'azione sussistenti in capo al pubblico ministero *ex art. 112 Cost.* e i doveri decisorii del giudice *ex art. 101, co. 2 Cost.*: secondo Mancuso, «muovendo dall'intreccio di tali previsioni, si può ricercare un sostegno alla dimensione costituzionale del giudicato: la parte pubblica che abbia raccolto elementi idonei a sostenere l'accusa ed eserciti l'azione penale assolve, per dirla con la Corte costituzionale, a "un interesse pubblico primario" e ha diritto a ottenere una sentenza sul merito della *res iudicanda*». Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 22.

espressa al giudicato penale, riconoscendo in esso più che un principio, uno strumento normativo funzionale alla tutela di principi costituzionali¹⁹⁵.

Altra parte della dottrina, invece, prendendo le mosse da entrambe le ricostruzioni dogmatiche sin qui esaminate, elabora una concezione concettuale del giudicato in chiave di “funzione costituzionale”: “[...] Tale istituto fondamentale non costituisce un principio costituzionale, bensì rappresenta *un mezzo giuridico* preordinato a garantire ed assicurare un valore di rango costituzionale, nella specie, la certezza del diritto”¹⁹⁶. A tale ricostruzione aderisce la Corte costituzionale che – già negli anni ‘80 – si esprime in favore di una maggiore permeabilità dell’istituto ad esigenze di natura sostanziale: come afferma la Corte, infatti, “il principio dell’intangibilità del giudicato dev’essere rettammente inteso”, in quanto è “l’ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l’intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., 20, nonché BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e Costituzione*, (a cura di), Dinacci, Milano, 2010, p. 257 ss.; MOSCARINI, *L’omessa valutazione della prova favorevole all’imputato*, Padova, 2005, p. 56 ss.; TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015.

¹⁹⁶ Cfr. Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506, con nota di CHIAVARIO, *Giudicato e processo “iniquo”: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, ivi, p. 1506 ss. Sul punto, Callari torna nuovamente a ribadire come il giudicato, così come inteso dalla Corte costituzionale in tale ultima pronuncia, non abbia una copertura costituzionale e costituisca “un esplicito riconoscimento del fatto che tale istituto fondamentale non costituisce un principio costituzionale, bensì rappresenta un mezzo giuridico preordinato a garantire ed assicurare un valore di rango costituzionale, nella specie, la certezza del diritto”. Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato: essenza e limiti*, cit., p. 155. In senso analogo, cfr. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 5, in cui afferma che: «In questo fondersi delle prospettive, collettiva ed individuale, si compendia la “funzione costituzionale” del giudicato, istituto teso a preservare la certezza del diritto e a porre un limite alla perpetuazione dei giudizi, sia nella forma del nuovo esercizio dell’azione penale nei confronti dello stesso soggetto e per il medesimo fatto, sia sub specie di rinnovazione del processo a seguito di impugnazioni straordinarie».

¹⁹⁷ In tale frangente storico, il dibattito del giudicato si limita esclusivamente alla *querelle* circa l’estensione dell’applicabilità dell’istituto della continuazione *in executivis*, in relazione agli artt. 90 e 579 del codice previgente. Cfr. Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Giur. cost.*, 1987, p. 836. In senso conforme, la Corte costituzionale già si era pronunciata negli anni ‘70, con la pronuncia n. 136 del 12 luglio 1972, in cui affermava che il principio dell’intangibilità “trova fondamento nell’insopprimibile esigenza di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici definiti da una sentenza irrevocabile”. Non è in dubbio, altresì, che “ovvie esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, presenti in tutti gli ordinamenti, richiedono (...) che – per quanto desiderabilmente larghi ed efficienti siano i controlli ed i mezzi di gravame attribuiti alle parti – ad un certo momento il processo si concluda irretrattabilmente”, atteso che “è insito nella nozione stessa di procedimento che il complesso di operazioni in cui si articola sia preordinato al fine di conseguire un accertamento definitivo che costituisce lo scopo medesimo dell’attività giurisdizionale”. Cfr. Corte cost., (ordinanza) 29 ottobre 1999, n. 413, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3178; Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136, cit., p. 1379; Corte cost., 4 febbraio 1982, n. 21, in *Giur. cost.*, 1982, p. 206.

Anche le Sezioni Unite, con la pronuncia n. 7682, del 21 giugno 1986, iniziarono a ridimensionare progressivamente la portata dell'intangibilità del giudicato penale, asserendo che le norme processuali statuiscono "in modo inequivocabile solo l'immodificabilità del giudizio sul fatto costituente reato, l'impossibilità di un nuovo esame della condotta del reato escludendo un nuovo procedimento penale a suo carico, sicché nulla consente di ricavare dalla norma l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna"¹⁹⁸. Al contrario, si afferma che "la pena può subire, invece, quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema", in ragione della circostanza che "non può essere escluso che il giudice ricavi per interpretazione un'ulteriore facoltà di incidere sulla pena quando, come nella specie, deve tener conto di tutte le norme che disciplinano e incidono sulla determinazione ed esecuzione della pena e trovare una soluzione che escluda un conflitto tra norme nel rispetto della volontà della legge, di principi di civiltà giuridica – riaffermati in considerazione del *favor rei* – e della giustizia sostanziale altrimenti vulnerata da eventi accidentali e indipendenti dal fatto del reo"¹⁹⁹.

Secondo la dottrina, tali argomentazioni sarebbero una dimostrazione della circostanza per cui il giudicato penale non costituisce un principio costituzionale di per sé, bensì "un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, ossia l'esigenza di certezza giuridica"²⁰⁰.

Il giudicato, in altri termini, "assolve un'esigenza logica prima che giuridica" ed è "la legge che traccia le linee del procedimento in modo che esso abbia a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti di valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi; e la scelta che all'uopo fa la legge, quando chiude una fase processuale e ne fa proseguire un'altra che poggia sui risultati della prima, attiene a criteri di politica giudiziaria di per sé soli insindacabili nella sede di legittimità costituzionale"²⁰¹.

Si coglie già, dunque, seppur nel più ristretto ambito della continuazione in sede esecutiva, una tendenza da parte della giurisprudenza a ritenere immutabile ciò che concerne propriamente l'accertamento del reato e della responsabilità penale, e

¹⁹⁸ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 21 giugno 1986, n. 7682, la cui motivazione viene ripresa in Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, proc. Gatto.

¹⁹⁹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, proc. Gatto.

²⁰⁰ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato*, cit., p. 155.

²⁰¹ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato*, cit., p. 155.

permeabile, invece, alle istanze sostanziali, la parte del *dictum* inerente il trattamento sanzionatorio: sembra emergere, infatti, *una duplice dimensione del giudicato penale*, una relativa *all'accertamento del fatto*, realmente intangibile, non essendo consentito, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio e posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); ed una differente *dimensione relativa alla determinazione della pena*, la cui disciplina costituzionale tende espressamente alla rieducazione del condannato, in termini di personalizzazione del trattamento punitivo anche in sede di esecuzione della pena.

In altri termini, “se il *giudicato sull'accertamento* è, e resta, *intangibile*, non consentendo rivalutazioni del fatto, ed essendo posto a garanzia del reo, *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”²⁰².

2.4. Il giudicato e l'esecuzione penale: procedimento a più tempi.

Il codice di rito del 1988 predispone una disciplina normativa del giudicato penale, in parte, fortemente recettiva rispetto al codice previgente, in parte, notevolmente più articolata, complessa e maggiormente più attenta alla regolamentazione della fase esecutiva della pena. In ragione della collocazione sistematica, all'interno del Libro X, intitolato “Esecuzione”, l'istituto del giudicato si

²⁰² Cfr., *ex multis*, CALLARI, *La firmitas del giudicato*, cit., p. 152 ss.; RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015. In senso analogo, CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista Associazione italiana Costituzionalisti*, 2/2011, pp. 3-4; GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 84 ss.; ROMBI, *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 5/2011, p. 1175 ss.; ROMEO, *Giudicato penale e resistenza della lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 4/2013, p. 263 ss.; TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit.; VIGANÒ, *Giudicato e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012.

presenta fisiologicamente quale tassello ultimo *dell'accertamento processuale e momento primo ed indefettibile dell'esecuzione della pena*.

La disciplina codicistica del giudicato penale ruota attorno a due fondamentali disposizioni, che ripetono pedissequamente i previgenti artt. 90 e 576 del codice di rito del 1930, e ruotano attorno essenzialmente ai concetti di *irrevocabilità* ed *esecutività*:

1) l'art. 648 c.p.p., dal quale si ricava la nozione di *irrevocabilità*. Ai sensi del primo comma della norma, infatti, si evince che “*sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione*”. Sono due, quindi, le condizioni essenziali, affinché possa realizzarsi compiutamente *l'irrevocabilità del provvedimento giudiziale*: (1) deve trattarsi, infatti, di un provvedimento pronunciato in giudizio e (2), contro il quale, non sia ammessa impugnazione diversa dalla revisione²⁰³. Per il codice di rito, quindi, sono irrevocabili le sentenze nei confronti delle quali non sia più esperibile alcuna forma di impugnazione ordinaria, appello e ricorso per Cassazione²⁰⁴.

²⁰³ Il secondo comma della medesima disposizione citata delinea, altresì, il contenuto positivo dello *status* di irrevocabilità proprio delle sentenze definitive e puntualizza il momento logico-temporale del passaggio *in iudicatum*: “Se è ammessa impugnazione, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per Cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso”. Affinchè la sentenza sia ritenuta *irrevocabile*, il legislatore richiede quindi che: (a) la decisione sia pronunciata in giudizio (sia in sede dibattimentale sia a seguito di un rito alternativo, quale giudizio abbreviato *ex artt.* 438 c.p.p. ss. ovvero in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex artt.* 444 c.p.p. ss.); (b) la sentenza non deve essere impugnabile in concreto con gli ordinari mezzi di impugnazione sia nel caso in cui sia inutilmente decorso il termine per proporre impugnazione o per impugnare l'ordinanza che la ha dichiarata inammissibile; (c) alla sentenza resa in giudizio il codice di rito assimila il decreto penale di condanna: tale provvedimento diventa irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o per impugnare l'ordinanza che lo dichiara inammissibile; (d) dall'accoglimento del ricorso in Cassazione da cui scaturisce una pronuncia di annullamento senza rinvio, nell'ipotesi di cui all'art. 620 c.p.p. L'art. 648 c.p.p. non menziona, però, il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex art.* 625-*bis* c.p.p., quale forma di impugnazione straordinaria, esperibile avverso le pronunce irrevocabili, in quanto la sua introduzione è il risultato di una riforma successiva al codice di rito del 1988, *ex legge* 2001, n. 128. Non si fa menzione nemmeno al ricorso straordinario per rescissione del giudicato, previsto all'art. 625-*ter* c.p.p., introdotto per effetto della riforma sul procedimento *in absentia*, *ex legge* 28 aprile 2014, n. 67. Sul mancato coordinamento del legislatore rispetto all'impianto originario del codice del 1988, la dottrina è intervenuta recentemente, stabilendo come, nonostante il silenzio della norma sul punto, la recente disposizione *ex art.* 625-*bis* c.p.p., esperibile avverso le pronunce della Cassazione in materia di errore materiale o di fatto, non rimediabile con la procedura dell'errore materiale *ex art.* 130 c.p.p., avrebbe di fatto spostato il momento della formazione del giudicato: sperando tale rimedio, il giudicato viene a formarsi inevitabilmente alla pronuncia di annullamento senza rinvio della Cassazione ovvero con per il tramite della declaratoria di inammissibilità o di rigetto del ricorso medesimo. Per completezza, si aggiunge al terzo ed ultimo comma che “Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile”.

²⁰⁴ Tale caratteristica può derivare sia dal fatto che la legge non prevede la possibilità di impugnare il provvedimento con i mezzi ordinari sia dalla circostanza che nessuna delle parti in giudizio

2) l'art. 650 c.p.p., da cui si desume, invece, l'altra caratteristica della sentenza passata in giudicato, ovvero sia l'*esecutività*, espressa dalla disposizione normativa sotto forma di deroga/eccezione alla regola generale per cui sono immediatamente esecutive le sentenze rese in giudizio non più soggette ad impugnazione (irrevocabili)²⁰⁵.

ha presentato formale impugnazioni nei termini ovvero se lo ha fatto, si sono esaurite tutte le possibilità di esercizio della relativa facoltà di impugnazione. Per un approfondimento sul concetto di *irrevocabilità*, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, p. 9; DALIA-FERRAJOLI, *Manuale di diritto procedurale*, Padova, 2001, p. 780; NORMANDO, *I sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 66; PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1993, p. 25; PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Aggiorn., 1996, p. 3. Secondo Tonini, "per irrevocabilità, riferita a un provvedimento giurisdizionale, si intende comunemente la non impugnabilità, riferita a un provvedimento giurisdizionale, si intende comunemente la non impugnabilità dello stesso. Tale caratteristica può derivare sia dal fatto che la legge non prevede la possibilità di impugnarlo, sia dal fatto che nessuna ha presentato impugnazione nei termini, o, se l'ha presentata, si sono ormai esauriti tutti i rimedi successivi dall'ordinamento". Cfr. TONINI, *Manuale*, cit., p. 559.

²⁰⁵ Ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, si precisa, inoltre, che le sentenze di non luogo a procedere, rese in sede di udienza preliminare ex artt. 425 c.p.p. ss., "hanno forza esecutiva quando non sono più soggette ad impugnazione": tale precisazione viene avvertita come necessaria ai fini della coerenza del sistema processuale penale, atteso che, ai sensi dell'art. 434 c.p.p., la sentenza di non luogo a procedere è soggetta a revoca e, quindi, non può acquisire formalmente il requisito della irrevocabilità al pari delle pronunce rese in giudizio. Con riferimento a tale peculiare disciplina dettata dal codice di rito per le sentenze di non luogo a procedere, la dottrina è solita parlare di c.d. "giudicato atipico". Cfr., *ex multis*, CATELANI, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2006, p. 109; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2006, 843; NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 66. L'impossibilità di riferire l'*irrevocabilità* alla sentenza di non luogo a procedere è desumibile dal combinato disposto degli artt. 648, 650, co. 2 c.p.p.: ciononostante, si ritiene che anche l'accertamento compiuto in udienza preliminare acquisisca l'autorità di giudicato – sia pure in una "configurazione minore – rispetto a quella tipica – quando il sistema non prevede ulteriori interventi giurisdizionali sulla medesima *res iudicanda*. Cfr. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 66. La sentenza di non luogo a procedere può dirsi quindi definitiva – secondo lo schema ex art. 648 c.p.p. – se contro di essa non sia più esperibile il ricorso per Cassazione, unico mezzo di impugnazione previsto in via ordinaria. Una volta raggiunta la definitività, la sentenza *de qua* però non gode della stessa stabilità delle sentenze propriamente revocabili, essendo suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 434 c.p.p., in ragione del quale si consente la revoca della sentenza di non luogo a procedere quando sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova, tali da giustificare – da sole o unitamente a quelle già in atti – il rinvio a giudizio dell'imputato. Se non si procede a revoca, la sentenza di non luogo a procedere produce l'effetto preclusivo del *ne bis in idem*, vietando l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto addebitato al medesimo imputato. L'eventuale violazione del divieto, obbliga il giudice *in itinere* alla pronuncia di una sentenza dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione; viceversa, se la preclusione non opera e la stessa regudicanda viene nuovamente definita, ma con provvedimento irrevocabile, in sede esecutiva, è il secondo provvedimento a prevalere sulla precedente sentenza di non luogo a procedere (ex art. 669, co. 9 c.p.p.). In ragione di ciò, emerge chiaramente la stretta correlazione tra la natura della decisione e la forza che la stessa è in grado di esercitare. Sull'efficacia di giudicato della sentenza resa ex art. 425 c.p.p. il codice di rito non detta alcuna disposizione, lasciando ampi spazi all'interprete per una sua corretta collocazione sistematica: l'utilizzabilità della sentenza di non luogo a procedere come prova documentale ex art. 238-bis c.p.p. è esclusa dalla stessa norma, la quale fa esclusivo riferimento a decisioni irrevocabili, tra le quali non può essere annoverata tecnicamente la pronuncia in esame. Ragioni analoghe fanno propendere gli interpreti per l'esclusione della sentenza di non luogo a procedere dall'operatività delle norme ex artt. 651-654 c.p.p. Nell'area del c.d. "giudicato atipico", la dottrina colloca anche il provvedimento di archiviazione degli atti, che assume la forma del decreto, se emesso *de plano* o dall'ordinanza del pubblico ministero all'esito dell'udienza della camera di consiglio fissata *ex officio* oppure a seguito di opposizione della persona offesa ex art. 409 c.p.p.: al di fuori delle ipotesi di abnormità, tale provvedimento è impugnabile unicamente per ricorso per Cassazione

L'esecutività o "forza esecutiva" della sentenza viene definita dalla dottrina come "l'astratta idoneità di questa" (o del o dei "comandi" ivi contenuti) "ad essere concretamente attuata, dagli organi dello Stato preposti, anche contro la volontà dell'interessato"²⁰⁶. Se tale è la definizione, sono suscettibili di divenire esecutive quindi solo le sentenze contenenti un "comando" che richieda concreta esecuzione.

Nulla quaestio circa la sentenza di condanna, la quale, "dichiarando o determinando la pena e le altre sanzioni conseguenti all'accertamento della penale responsabilità dell'imputato, non può non implicare l'ordine di assoggettare materialmente costui alle sanzioni stesse"²⁰⁷. Qualche precisazione, invece, merita la *sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa*: in tale caso, l'ordine di sottoporre il condannato alla pena, implicito nella relativa dichiarazione o determinazione, viene "neutralizzato" da quello di sospensione dell'esecuzione; "poiché due ordini di contenuto opposto si annullano, la sentenza, in parte, nasce insuscettibile di esecuzione, e dunque di divenire esecutiva, quantomeno finché la sospensione condizionale non venga revocata"²⁰⁸. La dottrina, a tal proposito, parla di titolo

nei soli casi di nullità previsti *ex art.* 127, co. 5 c.p.p. Laddove invece non sia stata proposta impugnazione oppure la stessa sia stata rigettata o dichiarata inammissibile, la pronuncia che ha disposto l'archiviazione non è più censurabile in via ordinaria e gode quindi della stabilità propria della *res iudicata*. In tale ottica, viene interpretato anche l'art. 414 c.p.p. che – come è noto – consente la riapertura delle indagini in ragione dell'esigenza di nuove investigazioni: se il provvedimento definitivo di archiviazione assume i caratteri della *res iudicata*, per una sua revoca, non è sufficiente un mero ripensamento da parte del pubblico ministero, occorre che si palesi un *quid novi*, una sopravvenienza o la scoperta di elementi che, pur senza assurgere al rango di fonte di prova, consentano di rivisitare lo stato degli atti secondo una diversa lettura investigativa. Resta indubbio, tuttavia, che il giudicato intervenuto all'esito della fase preliminare – ribaltato con la semplice esigenza di nuove investigazioni – ha minore forza preclusiva rispetto all'accertamento delle sentenze definitive. In linea con quanto osservato fino ad ora, si esclude che il provvedimento di archiviazione possa esercitare efficacia vincolante rispetto ad altri procedimenti siano essi penali ovvero civili ed amministrativi. Per espressa previsione normativa, invece, il provvedimento di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere possono legittimare la richiesta di indennizzo dell'indagato/imputato *ex art.* 314, co. 1 e 3 c.p.p. Cfr. NORMANDO, *Il giudicato penale*, cit., p. 5; DELLA MONICA, voce *Giudicato*, in *Digesto delle discipline penali*, IV, Agg. Torino, 2008, pp. 406-408.

²⁰⁶ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 66; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 20; TONINI, *Manuale*, cit., p. 700; TRANCHINA, *Manuale*, p. 597; PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 3.

²⁰⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, pp. 169-170, secondo cui, per quanto la sentenza di condanna non contiene un "ordine" di esecuzione formalmente espresso, "la determinazione della pena non può non implicare l'ordine di eseguirla, poiché altrimenti la determinazione stessa non avrebbe pratica efficacia". Cfr., altresì, CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 88; LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004, p. 7; TONINI, *Manuale*, cit., p. 718.

²⁰⁸ Cfr. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., p. 7. Per un approfondimento, cfr. VASSALLI, *La potestà punitiva*, 1942, pp. 220-221, secondo cui, nel caso di sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa "il potere di punire, in concreto, nasce già condizionato, anzi può dirsi che esso neppure nasce, se si pensa che la sentenza di condanna durante il periodo di prova equivale ad un proscioglimento condizionato". Cfr., in tal senso, anche DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale*

esecutivo “condizionale”, il quale diviene *titolo esecutivo complesso*, allorchè con successiva sentenza del giudice della cognizione od ordinanza del giudice dell’esecuzione la sospensione venga revocata, ai sensi dell’art. 168 c.p.²⁰⁹.

Più controversa, la configurabilità dell’esecuzione delle sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere, le quali, di regola, si limitano ad accertare che non sussistano i presupposti per l’applicazione della legge penale e, quindi, non contengono “comandi” suscettibili di attuazione pratica: tali sentenze parrebbero assimilabili a quelle civili di mero accertamento, delle quali si nega l’idoneità a costituire titolo esecutivo. Anche nelle sentenze di proscioglimento, tuttavia, è ravvisabile un comando, suscettibile di esecuzione, quando al proscioglimento o al non luogo a procedere segua l’applicazione di una misura di sicurezza, *ex art. 530, co. 4 c.p.p.* (e, limitatamente, alla confisca, *ex art. 425, co. 4 c.p.p.*), la condanna del querelante alle spese o ai danni (*ex artt. 542 e 427 c.p.p.*), l’ordine di cancellazione, ripristino, rinnovazione o riforma del documento dichiarato falso (*ex artt. 537, co. 4 e 425, co. 5 c.p.p.*), l’ordine di liberazione dell’imputato in custodia cautelare o di cessazione delle misure non custodiali (*ex artt. 300 e 532 c.p.p.*), l’ordine di restituzione delle cose sottoposte a sequestro preventivo (*ex art. 323 c.p.p.*)²¹⁰. Si può convenire, quindi, sull’opportunità, suggerita dalla dottrina, di distinguere tra un’esecuzione “propria”, intesa come esecuzione di “sanzioni” e concernente propriamente le sentenze di condanna e quelle di proscioglimento applicative di una misura di sicurezza, ed

penale, 1952, p. 318, il quale sottolinea che la sentenza di condanna “in quanto, accertata l’esistenza del reato, determini la pena in concreto, non può non contenere implicitamente l’ordine di eseguirla”. Le considerazioni sin qui svolte, secondo Lavarini, non valgono quando la sospensione condizionale della pena non sia “secca” e sia, quindi, accompagnata dall’imposizione al condannato di uno degli obblighi *ex art. 165 c.p.*; in tal caso la sentenza è idonea a divenire esecutiva, a prescindere dalla revoca della condizionale, quanto alla concreta operatività degli obblighi. Cfr. LAVARINI, *L’esecutività della sentenza penale*, cit., nt. 17, p. 7.

²⁰⁹Cfr. LAVARINI, *L’esecutività della sentenza penale*, cit., p. 8. In senso maggiormente approfondito, cfr. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, p. 493; LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, 1961, p. 477. Secondo Lavarini, inoltre, si potrebbe parlare di titolo esecutivo complesso anche nel caso in cui, avendo il giudice della cognizione omesso di applicare con la sentenza di condanna una pena accessoria predeterminata dalla legge nella specie e nella durata a tale applicazione abbia successivamente provveduto il giudice dell’esecuzione *ex art. 183 disp. att. c.p.p.*: sul punto, cfr. LAVARINI, *L’esecutività della sentenza penale*, cit., nt. 18, p. 8.

²¹⁰Cfr., *ex multis*, CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 71 ss.; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 88; LAVARINI, *L’esecutività della sentenza penale*, cit., p. 8; TONINI, *Manuale*, cit., p. 718.

un'esecuzione "impropria", intesa come esecuzione delle statuizioni di diverso tipo, a contenuto non "sanzionatorio"²¹¹.

La nozione di esecutività risulta funzionale anche nell'ottica della presunzione costituzionale di non colpevolezza, ex art. 27, co. 2 Cost., quale regola trattamentale che vieta che sino alla condanna definitiva l'imputato sia assoggettato alla pena o a qualsiasi altra "conseguenza" che presupponga la sua colpevolezza: la presunzione di non colpevolezza si traduce, quindi, in un limite alla possibilità di eseguire sentenze non definitive²¹². La dottrina è unanime, infatti, nel qualificare il termine "definitiva" di cui all'art. 27, co. 2 Cost. quale sinonimo di irrevocabile, attribuendo rilievo alla garanzia dell'effetto sospensivo delle impugnazioni contro le sentenze penali di condanna, giacchè "se non si vuole trattare come già colpevole il semplice condannato con sentenza irrevocabile, occorre non dare esecuzione alle condanne ancora impugnabili od impuginate in via ordinaria"²¹³.

Chiarita la dimensione "cronologica" della presunzione di colpevolezza, più problematica risulta la delimitazione dell'incidenza "oggettiva" sul fenomeno esecutivo: *nulla quaestio* circa la copertura del dettato costituzionale rispetto alla pena, sia principale sia accessoria, la cui esecuzione non potrà quindi essere in alcun modo anticipata rispetto alla sentenza di condanna definitiva²¹⁴. Più complesso è, invece, il

²¹¹ Allorchè, inoltre, il danneggiato dal reato eserciti l'azione per le restituzioni ed il risarcimento del danno davanti al giudice penale, la sentenza penale di condanna – o nei casi eccezionali ex artt. 578 c.p.p. per le ipotesi di proscioglimento – decide anche dell'azione civile: ai sensi, infatti, dell'art. 474 c.p.c. si stabilisce che l'esecuzione forzata si ha solamente per "un diritto certo, liquido ed esigibile", principio che calato all'interno del processo penale si traduce nella statuizione del giudice penale circa il *quantum* delle spese processuali e del risarcimento riconosciuto alla parte privata; non nel caso di condanna generica, idonea a incardinare l'esecuzione civile di una sentenza penale.

²¹² Sul tema, cfr. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. la fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), 2000, p. 63.

²¹³ Cfr. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., p. 17. L'identificabilità della sentenza "definitiva" in quella "irrevocabile" è stata avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale: cfr., ex multis, Corte cost. 25 marzo 1996, n. 94, in *Giur. cost.*, 1996, p. 867. Tale annotazione non è di poco conto, attese le recenti proposte di riforme tese ad eliminare il "solido" collegamento tra esecuzione e giudicato. Sul punto, cfr. la proposta di legge n. 5590, recante "Modifiche al codice di procedura penale in materia di esecuzione delle sentenze penali di condanna", presentata alla Camera dei Deputati il 10 aprile 1991 dall'on. Gargani.

²¹⁴ Aspetto fortemente messo in crisi in ragione delle potenzialità applicative della sospensione del procedimento con messa alla prova, di cui agli artt. 168-bis c.p. ss., nella misura in cui potrebbe risultare (laddove emergesse la preminenza del contenuto afflittivo dell'istituto) un contrasto costituzionale con il principio della presunzione di non colpevolezza sussistendo i presupposti della comminazione di una "pena" di fatto all'imputato in una fase pre-condanna e, se disposta, in sede di indagini preliminari, addirittura, pre-processo. Sul punto, sono attualmente pendenti più questioni di

rapporto esistente tra l'art. 27, co. 2 Cost. e l'esecuzione delle misure di sicurezza: la dottrina maggioritaria, nonostante qualche posizione contraria²¹⁵, estende le considerazioni sulla pena anche alle misure di sicurezza, perché queste «non sono completamente avulse da un accertamento di “colpevolezza” dell'imputato, almeno se per “colpevolezza” si intende [...] più genericamente l'“attribuibilità”, oggettiva e soggettiva, del fatto all'imputato, a prescindere dalla concreta punibilità di costui»²¹⁶.

Con riguardo, invece, alle statuizioni civili, la dottrina maggioritaria ritiene compatibile con la presunzione costituzionale l'esecuzione provvisoria delle disposizioni della sentenza penale dell'imputato alle restituzioni e al risarcimento del danno a favore della parte civile, in ragione del fatto che tali disposizioni, trattandosi di responsabilità civile, non rappresentano un anticipato giudizio di responsabilità²¹⁷.

legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta, cfr. *ex plurimis*, ord. Tribunale di Grosseto, 10 marzo 2015, T.F., in Gazz. Uff., 2 settembre 2015, n. 35; ord., 10 marzo 2015, Z.M., *ivi*; ord., 10 marzo 2015, G.A., *ivi*, nonché l'ordinanza del Tribunale di Prato, 21 aprile 2015, S.P., *ivi*, 16 dicembre 2015, n. 50 in relazione allo specifico profilo della presunzione di non colpevolezza.

²¹⁵ Cfr., *ex multis*, CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, 1970, p. 237. Qualche perplessità è sorta in relazione alla sospensione condizionale della pena *ex art.* 165 c.p., nella misura in cui il giudice subordina il beneficio all'adempimento dell'obbligo del risarcimento del danno e di restituzioni: l'immediata esecutività delle statuizioni civili prima del passaggio in giudicato della sentenza potrebbe implicare una celata violazione del principio di non colpevolezza *ex art.* 27, co. 2 Cost.

²¹⁶ Secondo la dottrina prevalente, quindi, “la provvisoria esecutività della sentenza penale – tanto di condanna quanto di proscioglimento – con riguardo alle misure di sicurezza è sempre preclusa dall'art. 27, co. 2 Cost.”. Cfr. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., p. 29. Ciò che avviene, invece, a contrario, per espressa codificazione ai sensi degli artt. 206 c.p. e 312-313 c.p.p.

²¹⁷ Anche le c.d. sanzioni amministrative accessorie, in quanto applicate dal giudice penale con la sentenza di condanna ed in conseguenza dell'accertamento della penale responsabilità dell'imputato, rientrerebbero secondo la dottrina fra le disposizioni di cui all'art. 27, co. 2 Cost. Cfr. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., p. 33. La regola generale di incompatibilità costituzionale di ipotesi di “esecutività provvisoria” cede di fronte a numerose previsioni normative, che postulano l'efficacia esecutiva della sentenza prima del passaggio in giudicato. Con riguardo al primo gruppo di ipotesi, si rinviene che il legislatore del 1988 – diversamente dall'art. 576, co. 3 del codice del 1930 – abbia espressamente riconosciuto tale eccezione a determinate disposizioni di sentenze di proscioglimento o sentenze di non luogo a procedere che implicano soli effetti favorevoli sull'imputato (quali, *in primis*, la perdita di efficacia delle misure cautelari e del sequestro preventivo eventualmente disposto, la liberazione dell'imputato, la cessazione delle misure non custodiali o restituzione delle cose sequestrate). Più problematico, invece, l'inquadramento della compatibilità della sentenza non definitiva e misure cautelari personali, in particolar modo, laddove queste ultime siano disposte contestualmente alla condanna in primo grado o in appello a norma dell'art. 275, co. 1-*bis* e 2-*ter* c.p.p. Suscita qualche perplessità l'art. 275, co. 2-*ter* c.p.p., secondo cui in caso di condanna in appello per “uno dei delitti *ex art.* 380, co. 1 c.p.p. commesso da “soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole”, le misure cautelari “sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-*bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'art. 274”: ciò che risulta incoerente per la dottrina sarebbe il riferimento a solo una tipologia di condannati, autori del reato di cui all'art. 380, co. 1 c.p.p. Sarebbe, infatti, assurdo che «il giudice di secondo grado, accertate le esigenze cautelari, debba applicare le misure ai soli condannati di cui sopra, laddove quello di primo grado, accertate le stesse esigenze secondo i medesimi criteri, deve applicare le misure a qualsiasi condannato, solo che ricorrano i limiti edittali “generali” *ex art.* 280 c.p.p.». In tal senso, cfr. PECORELLA, *Custodia cautelare: meno discrezionali i poteri del giudice*, in *Il Sole 24ore*, 31 gennaio 2001, p. 27.

La sentenza di condanna irrevocabile ed esecutiva rappresenta *il titolo esecutivo penale*. Con l'espressione "titolo esecutivo" – formula tipicamente processualcivilistica, mutuata dalla nozione di cui all'art. 474 c.p.c.²¹⁸ – si intende il comando, ovverosia in pratica il dispositivo, contenuto nel provvedimento di condanna definitivo.

Termine introdotto per la prima volta nel codice del 1988, all'interno dell'art. 670 c.p.p. sulle "Questioni sul titolo esecutivo", esso esprime la "forza esecutiva" del precetto sanzionatorio che segue alla necessaria irrevocabilità della sentenza di condanna²¹⁹.

Dall'esecutività in astratto non sempre segue *l'eseguibilità concreta* della sentenza di condanna: il binomio esecutività ed eseguibilità (o esecutorietà) può essere, infatti, interrotto (e, quindi, la sentenza di condanna astrattamente idonea a fungere da titolo esecutivo per l'esecuzione penale non verrà concretamente eseguita) nella misura in cui meccanismi sospensivi, quali, l'art. 656, co. 5 c.p.p. ovvero altre disposizioni, *lato sensu* sospensive dell'esecuzione, come, *in primis*, il differimento dell'esecuzione delle pene detentive, *ex artt.* 146-147 c.p., la sospensione dell'esecuzione a favore dei condannati tossicodipendenti che abbiano in corso o abbiano portato a termine un programma terapeutico *ex art.* 90 t.u. stup., sospendono o rinviando l'inizio dell'esecuzione fino al venir meno del presupposto preclusivo ovvero a seguito della decisione del Tribunale di sorveglianza sull'istanza di misura alternativa avanzata dall'interessato nelle more della sospensione dell'ordine di esecuzione²²⁰. In tale ultimo

Dibattito dottrinale dissipato, invece, direttamente dalla Corte costituzionale (sent. 369/1999), in relazione all'immediata esecutività della sentenza in caso di espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva. Tale contrasto è stato infatti negato dalla Corte costituzionale (con sent. 28 luglio 1999, n. 369, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2826) secondo cui l'art. 16 t.u. imm. non contenga una sanzione penale, nonostante la sua dicitura "sanzione sostitutiva" lo possa far intendere.

²¹⁸ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 71. Per un riferimento alla dogmatica processualcivilistica, cfr. LUISO, *Il processo esecutivo*, in *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 2015, VIII ed., p. 6 ss.

²¹⁹ Su tali profili tecnici si tornerà, *infra*, p. 338 ss. La disciplina del titolo esecutivo viene, inoltre, integrata, sul piano formale da una serie di regole tecniche che ne indicano la sua corretta formazione: ai sensi dell'art. 27 Reg. esec. c.p.p., il cancelliere presso il giudice che ha emesso il provvedimento deve annotare sull'originale delle sentenze e dei decreti penali di condanna l'intervenuta irrevocabilità; mentre l'art. 28, seguente, stabilisce che il cancelliere deve attestare l'esecutività del provvedimento per non essere intervenute nei termini impugnazione od opposizione. Ne discende, quindi, che il *titolo esecutivo penale* è materialmente formato dal dispositivo della sentenza o del decreto penale di condanna certificati di irrevocabilità. Da tale documento, poi, il cancelliere, ai sensi del medesimo articolo sopra citato, forma l'estratto del provvedimento che viene trasmesso all'ufficio del pubblico ministero e su cui, quest'ultimo provvede a formulare l'ordine di esecuzione, notificato e/o consegnato all'interessato, nelle forme di cui agli artt. 655, 656, 657 c.p.p.

²²⁰ Incidono altresì sulla sola eseguibilità della sentenza, la sospensione della pena detentiva in corso di espiazione da parte del magistrato di sorveglianza, pendente la decisione del tribunale di

caso, il più significativo, può dirsi che l'esecuzione penale inizi solamente per effetto dell'ordinanza di diniego (con la ripresa dell'*iter* esecutivo della pena detentiva) o di concessione della misura alternativa: nell'ipotesi di concessione di misura alternativa, l'intervento della magistratura di sorveglianza, *ancor prima* dell'eseguibilità del provvedimento, determina qualitativamente la pena definitiva da eseguire²²¹.

2.5. Il divieto di un secondo giudizio: il principio del *ne bis in idem*.

Il vincolo preclusivo del *ne bis in idem* rappresenta la dimensione negativa del giudicato penale maggiormente studiata ed approfondita da parte della dottrina, atteso che con tale locuzione non si esprime esclusivamente un effetto processuale dell'istituto, ma si indica un principio cardine dell'ordinamento giuridico e, al tempo stesso, sintetizza il portato della civiltà giuridica moderna: il principio del *ne bis in idem* si presenta, infatti, come un valore dell'ideologia politica liberale, inaugurata con la Rivoluzione francese e le prime codificazioni, in opposizione all'impostazione assolutistica dell'*Ancien regime*²²².

sorveglianza sulla richiesta di affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, co. 4 ord. penit.), il differimento dell'esecuzione del residuo di pena già in parte espiata, ex artt. 146-147 c.p. e 684, co. 2 c.p.p., la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza in pendenza del giudizio di revisione, art. 635 c.p.p. o quando sia dubbia l'identità fisica della persona arrestata per esecuzione di pena, art. 667 c.p.p., o dopo la presentazione di ricorso straordinario per cassazione, art. 625-*bis*, co. 2 c.p.p.

²²¹ “Con il nuovo meccanismo, sembra essersi introdotta, nel sistema, un'*ipotesi di formazione progressiva del giudicato*, in quanto la irrevocabilità della sentenza di condanna non comporta in quei casi, la sua esecutività che è attribuito essenziale del giudicato, ex art. 650 c.p.p. In quei casi, infatti, la sentenza diventa eseguibile, *in punto pena*, solo dopo la decisione del tribunale di sorveglianza. Il giudicato sulla pena si forma – nei casi di sospensione dell'esecuzione da parte del p.m., ex art. 656 c.p.p., e dopo la domanda di una misura alternativa da parte del condannato – quando il tribunale di sorveglianza ha deciso *il tipo di pena* che il soggetto deve scontare. Soltanto da questo momento, la sentenza è eseguibile in ogni sua parte”. Cfr. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 9, p. 1161 ss.

²²² Tale assunto rappresenta quindi una concezione politica della relazione tra Stato ed individuo, non più incentrata in un'ottica di eterna soggezione nei confronti del potere punitivo statale, ma in una visione garantistica tramite l'esaurimento dell'esercizio dell'azione penale entro i limiti ed i vincoli prestabiliti dalla legge. Trattasi di un principio generale, costantemente condiviso, nel corso delle varie codificazioni: fino al codice del 1930, il divieto del *bis in idem* veniva espressamente riferito solo alle pronunce di proscioglimento, atteso che – secondo le parole di Manzini – “appariva ovvio il divieto di duplice punizione per il medesimo fatto”. Cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, cit., p. 542. Esteso anche alle pronunce penali di condanna, il divieto di *bis in idem* consegue, in conformità all'impostazione dogmatica, alla disciplina normativa del giudicato, atteso che tale principio è inteso “più che un “effetto”, un “corollario”, o, per così dire, un “riflesso” della cosa giudicata. Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 858. L'autore precisa come ci siano diverse accezioni della locuzione: “Nel suo elementare tenore precettivo, la massima *ne bis in idem* indica il divieto di iterare una certa attività, o di replicare un certo effetto giuridico (*ne bis*), in quanto l'una o l'altro ricadano ancora sulla medesima materia (*in idem*). Nel contesto giudiziario penale, la massima si riferisce specificamente

In ragione della stretta connessione tra il principio del *ne bis in idem* rispetto alla cosa giudicata, la dottrina si è a lungo interrogata sull'individuazione della *ratio* sottesa alla regola in esame: parte della dottrina ricostruisce il divieto di *bis in idem* in un'ottica squisitamente soggettiva, asserendo come la previsione di un vincolo negativo al giudicato sarebbe preordinata alla tutela del singolo rispetto al fenomeno delle *multiple prosecutions*, ossia “ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo”²²³. Secondo tale impostazione concettuale, il *ne bis in idem*, diviene, quindi, uno “strumento preventivo dello stigma e delle conseguenze giuridiche che potrebbero scaturire da un nuovo accertamento, in primo luogo da una nuova decisione di condanna, poi”²²⁴. Altra parte della dottrina critica fortemente l'impostazione unilaterale soggettiva, esclusivamente orientata verso i diritti soggettivi del singolo e ritiene che il divieto del *bis in idem* risponda ad esigenze oggettive di certezza del diritto in termini di economia processuale o di unità logico-formale della giurisdizione²²⁵.

Secondo un'impostazione “mediana”, invece, il principio del *bis de eadem re ne sit actio* sarebbe espressione della ragionevolezza e regolarità della giurisdizione penale, intese, da una parte, in una dimensione oggettiva, evitando l'adozione di più decisioni nei confronti della medesima persona, potenzialmente contrastanti, e, dall'altra in

al processo, vietandone l'iterazione tutte le volte in cui esso verterebbe ancora sul medesimo fatto attribuito alla medesima persona. [...] Nel primo caso, il divieto nasce con il passaggio in giudicato della decisione; nel secondo, invece, sorge già con l'esercizio dell'azione penale o – secondo una linea intermedia – con la decisione, ancorché impugnabile, che definisce il processo”. Sul punto, in senso analogo, cfr. RUGGERI S., *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 295 ss. Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 860. Sia che si guardi al *ne bis in idem*, in senso lato (ovverosia riferito all'impugnazione o alla revoca della sentenza definitiva) sia in senso stretto (ovverosia inteso in relazione ad un ulteriore processo), esso assume un contenuto unitario, “costituito dal divieto, fatto allo stesso coma a ogni altro giudice penale, di avere cognizione e di pronunciare sentenza *de eadem re et persona* dal sopraggiungere in poi della sentenza irrevocabile”.

²²³ Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 860.

²²⁴ Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 861. In altri termini, si sostiene come il principio non si limiti esclusivamente a porre l'individuo al riparo dal rischio che il nuovo processo si faccia veicolo di decisioni che revochino in dubbio la situazione soggettiva già conclusasi, ma prevenire altresì una nuova soggezione al processo, intendendo, pertanto, che sia “già tale soggezione, per i suoi possibili effetti (anche restrittivi), a costituire il primo fattore di incertezza della situazione soggettiva consolidatasi col giudicato”. L'accostamento del giudicato sostanziale alla tutela dei diritti della persona, *sub specie* di ostacolo alla reiterata persecuzione per il medesimo episodio di vita, è stato oggetto di varie letture da parte della dottrina, che di volta in volta ha individuato il fondamento giuridico del *ne bis in idem* nell'inviolabilità del diritto di difesa, *ex art. 24 Cost.*, nella presunzione di non colpevolezza, *ex art. 27, co. 2 Cost.* ovvero nella disciplina costituzionale del giusto processo *ex art. 111 Cost.* Parte della dottrina ritiene altresì che ogni cittadino goda di un diritto “alla quiete penalistica”, desumibile dal principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2 Cost., in ragione del quale ogni individuo dovrebbe poter “contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale stabile”.

²²⁵ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 133.

un'ottica soggettiva, garantendo i principi che uniformano il *fair trail*: il *ne bis in idem* svolge, quindi, una funzione connettiva tra i valori fondamentali espressi nella Costituzione ed il giusto processo legale, fungendo da catalizzatore nel bilanciamento degli interessi contrapposti, quello individuale, di non essere reiteratamente sottoposto alla pretesa punitiva dello Stato per il medesimo fatto e, quello generale dell'accertamento della verità²²⁶.

In altri termini, si può, quindi, affermare che il divieto del *bis in idem* rappresenti il precipitato della concezione ideologica e politica sottesa al processo penale stesso, in un'ottica di accertamento della verità secondo le garanzie del *fair trail* e nel rispetto dei diritti fondamentali del singolo, quali, *in primis*, la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, co. 2 Cost.* e, sul piano sostanziale, il principio di colpevolezza *ex art. 27, co. 1 cost.*, nonché il principio rieducativo della pena, *ex art. 27, co. 3 Cost.*: impedire un nuovo vaglio giurisdizionale significa, quindi, rendere attuale la funzione del processo penale, inteso come accertamento della pretesa punitiva dello Stato nei confronti del singolo per un determinato fatto, circoscritto e delimitato in imputazione, al quale l'imputato è chiamato a rispondere, laddove dovesse risultare colpevole e, pertanto, concretamente assoggettabile a pena²²⁷.

Con riguardo alla relazione tra giudicato e divieto del *bis in idem*, si innesta la problematica della *litispendenza processuale*, intesa come contemporanea pendenza di due o più procedimenti penali per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona: sul punto, in assenza di un esplicito riferimento normativo – rappresentato unicamente dall'art. 649 c.p.p., che, contrariamente, allude esclusivamente ad una pronuncia definitiva – la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di ovviare a tale lacuna, ricorrendo alla normativa sui conflitti positivi di competenza *ex art. 28 c.p.p.* ovvero, seppur in fase investigativa, all'art. 54-*bis* c.p.p.; in altre ipotesi, si è giunti alla sospensione del secondo processo in attesa della decisione sulla prima regiodicanda ovvero alla riunione – anche se irrituale – tra i due giudizi, vedendovi i requisiti

²²⁶ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 134.

²²⁷ Se, infatti, si interpreta il giudicato penale come una fattispecie costitutiva concreta ed applicazione del diritto sostanziale al caso di specie, in cui, in ragione dell'accertamento processuale, viene ad esistenza per il singolo imputato, la responsabilità penale e l'assoggettabilità a pena, ritenere legittima la perpetua reiterazione della pretesa punitiva per il medesimo fatto già accertato nella sentenza definitiva ed irrevocabile, precluderebbe qualsiasi possibilità per l'imputato di recepire il disvalore della propria condotta e di partecipare alla funzione rieducativa e special-preventiva della pena, con un pressochè totale fallimento dell'ideologia liberale e garantista sottesa all'assetto processuale ed all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

normativi per l'applicabilità dell'art. 12 c.p.p.: in ragione della varietà di soluzioni giurisprudenziali intervenute sulla questione, le Sezioni Unite si sono pronunciate, stabilendo che il vizio deve essere censurato da parte del secondo giudice, il quale deve, quindi, pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 529 c.p.p. o di non luogo a procedere *ex art.* 425 c.p.p. ovvero, se l'azione penale non sia stata ancora esercitata, decreto di archiviazione per improvvisabilità dell'azione stessa, sulla base della richiesta del pubblico ministero²²⁸.

Secondo tale ricostruzione, la Corte ritiene che il *ne bis in idem* rappresenti un principio generale "che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturale al sistema"²²⁹. L'art. 649 c.p.p. costituirebbe, dunque, solamente un punto di emersione di una direttiva generale a cui uniformare tutto il sistema processuale: "Infatti, un sistema che lasciasse al pubblico ministero arbitrio di reiterare l'azione penale per lo stesso fatto contro la stessa persona si muoverebbe lungo le linee dissonanti con il principio di legalità e con i caratteri salienti del giusto processo fissati dall'art. 111 Cost."²³⁰.

Con riferimento, altresì, ai presupposti applicativi del principio in esame, si individua un limite soggettivo ed uno oggettivo. Essenziale ai fini dell'efficacia operativa del divieto è il requisito dell'identità soggettiva: il provvedimento irrevocabile infatti preclude il nuovo esercizio dell'azione penale solamente nei confronti della persona destinataria del provvedimento stesso, non potendo spiegare alcuna efficacia diretta nei confronti di soggetti diversi²³¹. Se il profilo soggettivo non desta particolari difficoltà esegetiche, la dottrina a lungo si è interrogata circa il significato da attribuire al requisito oggettivo *idem factum*: come è noto, l'art. 649 c.p.p. – così come in precedenza l'art. 90 – richiede che il fatto oggetto del precedente accertamento processuale sia identico al procedimento in corso, senza alcun riguardo al titolo, grado e circostanze²³². In assenza, quindi, di specifiche direttive normative, dottrina e

²²⁸ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28 ss.

²²⁹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 28 giugno 2005, cit.

²³⁰ Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 862.

²³¹ Per un approfondimento delle questioni problematiche inerenti il profilo soggettivo del *ne bis in idem*, cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 438-442, nonché KALB, *Il giudicato penale*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, p. 42.

²³² Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 872, il quale precisa che «per titolo debba intendersi la qualificazione giuridica penalistica del fatto, al cui variare (ad esempio, peculato, anziché

giurisprudenza hanno progressivamente ancorato il profilo oggettivo del *ne bis in idem* alla nozione di *Tatbestand* legale: si esige la coincidenza, infatti, di tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato, da individuarsi secondo i criteri della condotta, del nesso causale e dell'evento in senso naturalistico²³³. Il quadro si complica ulteriormente in tutte le ipotesi in cui dall'unica condotta dipendano più fattispecie di reato, sussistendo i presupposti *ex art. 81, co. 1 c.p.*: inteso il fatto emergente dall'art. 649, co. 1 c.p.p. alla stregua di mera condotta, la preclusione al nuovo processo dovrebbe essere esteso anche al reato posto in essere in concorso formale con il primo, già oggetto di verifica e definizione con la sentenza irrevocabile. In ragione della tendenza giurisprudenziale volta a negare l'operatività del *ne bis in idem*, la dottrina ha elaborato una correzione alla concezione del *Tatbestand* legale, facendo ricorso al c.d. *Tatbestand* materiale: "L'*empasse* creata dall'accennato conflitto di esigenze potrebbe essere fronteggiata, sul piano equitativo, attribuendo rilevanza ad un *quid* che arricchisca sì la nozione di fatto fino a proiettarla oltre la nuda condotta, ma che, nello stesso tempo, resti idoneo a neutralizzare ogni possibile variabile legata alla parcellizzazione delle conseguenze della condotta, fatta dalla legge penale sostanziale in relazione alla loro possibile gradazione di disvalore"²³⁴.

truffa), dunque, il fatto resta il medesimo; e ciò anche quando la variazione del titolo consegua a quella dell'elemento soggettivo (ad esempio, omicidio doloso, anziché colposo). Meno agevole è stabilire che cosa debba intendersi per "grado", anche se lo sfondo sembra essere la progressione di gravità del fatto rappresentato nell'imputazione». Con riferimento alla delimitazione del concetto di "grado", l'autore individua un contrasto di orientamenti, laddove una parte della dottrina vi legge esclusivamente la progressione dell'azione da delitto tentato a consumato, un'altra parte, invece, lega tale nozione alla progressione criminosa e, quindi, a prescindere dalla qualificazione giuridica in termini di tentativo o delitto consumato, bensì in termini di sviluppo della sequenza dell'azione, ad esempio, percosse/lesioni/omicidio. Per "circostanze", infine, è indubbio che il dato normativo si riferisca alle circostanze aggravanti o attenuanti. Per il contrasto in dottrina circa la qualificazione del termine "grado", cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1228 ss.

²³³ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 442 ss. Per un'analisi maggiormente più approfondita della locuzione in esame, cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 124 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 392 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, cit., p. 447 ss.; RUGGERI S., *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, cit., p. 287 ss.

²³⁴ Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 873. In senso analogo, MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464. Il *quid pluris* sarebbe rappresentato dall'oggetto materiale della condotta ed il fatto, quindi, verrebbe ad essere inteso dalla condotta e dall'oggetto materiale su cui essa ricade. Ragionando in tali termini, allora, si perverrebbe all'esclusione del principio, nei casi di concorso formale omogeneo (*id est*: sarà infatti possibile perseguire Tizio, già giudicato per la morte di Caio, per la morte di Sempronio – o di concorso formale eterogeneo, dove solo una delle fattispecie contempra un oggetto materiale (*id est*: un giudicato sulla violazione di norme antinfortunistiche non preclude l'accertamento processuale per lesioni od omicidio colposo verso la vittima); si giungerebbe, invece, all'operatività del divieto in tutti i casi di concorso omogeneo formale senza oggetto materiale (*id est*: c.d. concorso di mere condotte: calunnia vs. falsa testimonianza) ovvero nei casi di identità di oggetto materiale (*id est*:

Laddove il *ne bis in idem* venga accertato in sede di cognizione – come già si è accennato – il giudice, ai sensi dell’art. 649, co. 2 c.p.p., *ex officio* deve dichiarare in ogni stato e grado del processo l’improcedibilità dell’azione penale esercitata o tramite una sentenza di proscioglimento ovvero di non luogo a procedere, a seconda che intervenga in dibattimento o in sede di udienza preliminare, ovvero, anche in sede di indagini preliminari ai sensi dell’art. 411 c.p.p., per il tramite del decreto di archiviazione, su sollecitazione del pubblico ministero.

Nel caso in cui la violazione del *ne bis in idem* venga accertata in sede di legittimità, in ragione del principio del *favor rei*, si ritiene che la Suprema Corte debba pronunciarsi tramite una pronuncia di annullamento senza rinvio, *ex artt.* 620 lett. h) e 621 c.p.p. Se, invece, la violazione non venga accertata in sede cognitiva, il sistema processuale appresta un rimedio *in executivis*, rappresentato dall’art. 669 c.p.p., in materia di conflitto pratico di giudicati: competente in materia è, quindi, il giudice dell’esecuzione che, ai sensi dell’art. 669, co. 4 c.p.p., ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo, il quale procede con le forme del contraddittorio *ex artt.* 666 ss. c.p.p., revocando tutte le sentenze confliggenti, tranne una a cui vi darà esecuzione. Il criterio di individuazione della sentenza da eseguire, in tutti i casi tassativamente previsti ai commi dell’art. 666 c.p.p., è essenzialmente ispirato al principio del *favor rei*, il quale opera in qualità di fattore risolutivo, quale *lex specialis*, nei casi in cui la seconda e ulteriore sentenza risulti più favorevole all’interessato rispetto alla prima²³⁵.

sequenza di percosse/lesioni/omicidio ovvero resistenza a pubblico ufficiale/lesioni). Cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 874. Rispetto al reato complesso, altresì, il giudicato sul reato complesso impedisce l’instaurazione di una successiva incriminazione per i reati semplici, così come il giudicato su un singolo reato semplice impedisce l’incriminazione per quello complesso, ma non per l’altro reato semplice; con riferimento, invece, al reato abituale si ritiene che il passaggio in giudicato rispetto ad una sequenza di condotte non impedisca un nuovo procedimento per le condotte successive, con preclusione, però, nel procedimento successivo di tenere in considerazione, ai fini dell’accertamento del reato abituale, delle condotte pregresse, coperte da giudicato. Parimenti, anche per quanto riguarda il reato permanente, con delle disparità di vedute in ordine all’individuazione del limite temporale della condotta coperta da giudicato. Sul punto, cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 876.

²³⁵ Per un approfondimento, cfr. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 881. Si precisa come l’efficacia preclusiva *de eadem re* venga riconosciuta anche in ambito cautelare, da ultimo, in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2016, n. 10148.

2.5.1. (Segue) *I risvolti internazionali.*

Il principio del *ne bis in idem* è fortemente radicato nella cultura giuridica continentale sia di *civil law* sia del mondo anglosassone²³⁶ ed assurge a caposaldo dei diritti dell'individui nella dimensione del *fair trial* delineato in seno ai trattati internazionali ed europei. La regola è infatti presente all'art. 14, co. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York, il 19 dicembre 1966, all'art. 4, co. 1 del Protocollo n. 7 Cedu, siglato a Strasburgo, il 22 novembre 1984²³⁷.

Il diffuso inserimento del *ne bis in idem* nelle convenzioni bilaterali o, più di frequente, multilaterali di cooperazione e assistenza giudiziaria, ha consentito il diffondersi di una cultura selettiva della giurisdizione, esaltando il valore del divieto di un secondo giudizio sull'*idem factum*. Il primo riconoscimento del *ne bis in idem* in area europea si deve alla *Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi* del 1970, cui hanno fatto seguito la *Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee* relativa all'applicazione del *ne bis in idem* del 1987 e la *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen* del 1990 (abbr. in CAAS), in cui, ai sensi degli artt. 54-58 CAAS, si prescrive il divieto di secondo giudizio per il medesimo fatto da parte dei Paesi aderenti. L'art. 54 CAAS prevede, in particolar modo, il divieto di sottoporre a nuovo procedimento penale (per i medesimi fatti) la stessa persona già

²³⁶ Cfr. per tutti, FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 123 ss.

²³⁷ L'art. 14, co. 7 Patto internazionale dei diritti civili e politici, New York, 1966 prevede che: "7. Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese". Mentre l'art. 4, co. 1 Protocollo n. 7 Cedu sancisce che: "1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato". Nonostante i numerosi proclami internazionali, si esclude che la preclusione processuale derivante dal giudicato penale possa assurgere a principio di diritto internazionale consuetudinario: dottrina e giurisprudenza sono unanimi nell'affermare che il divieto del *bis in idem* non costituisca un divieto generalmente riconosciuto dalla comunità degli Stati, funzionale ad evitare la duplicazione dei procedimenti ed il sorgere di conflitti positivi di giurisdizione, ma che sia espressione, piuttosto, della sovranità del singolo Stato, nonché dell'affermazione ubiquitaria della giurisdizione estera nel settore penale. Per un approfondimento, cfr. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999, p. 3 ss.; DOMINIONI, *Dal riconoscimento della sentenza straniera all'efficacia intertestuale del giudicato penale*, in *Argomenti di procedura penale internazionale*, (a cura di), Dominioni, Milano, 1982, p. 77 ss.; PISANI, *Ancora sul ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 650 ss.; SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1692 ss.; RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2/2016, p. 71 ss.

giudicata con sentenza definitiva da parte di uno Stato contrente, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia già stata eseguita o sia effettivamente in corso d'esecuzione ovvero, non possa più essere eseguita. È precluso, quindi, l'esercizio dell'azione penale di chi abbia già subito l'azione penale straniera, a prescindere dall'esito del giudizio o dalle vicende relative all'espiazione della pena salvo il caso in cui la condanna sia eseguibile ed esecutiva, ma non in corso di esecuzione²³⁸.

La progressiva evoluzione del principio comunitario trova margini d'apertura con l'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia dell'Unione europea, a partire dalla sentenza *Gözütok e Brügge*, dell'11 febbraio 2003, con cui la Corte si pronunciò, per la prima volta, in materia di atti appartenenti al terzo pilastro: si precisa che l'effetto preclusivo del *ne bis in idem* può sorgere anche a seguito di un semplice accordo, una transazione tra pubblico ministero e imputato, senza che sia necessario l'intervento espresso di un giudice e la formale esistenza di una decisione giurisdizionale²³⁹. I giudici europei, in tale occasione, pongono una clausola generale, per cui «il principio del *ne bis in idem* implica necessariamente, indipendentemente dalle modalità secondo cui viene inflitta la pena, che esista “una fiducia reciproca” degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale vigenti negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse²⁴⁰».

²³⁸ Cfr., *ex multis*, CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1120 ss. Per un riferimento ad autori stranieri, cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2014, p. 547 ss.; ECKSTEIN, *Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa*, in *ZStW*, 2012, p. 490 ss.; ESER, *Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten*, in Sieber e al. (a cura di), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 557 ss.; FEE JAGLA, *Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, 2007, p. 29 ss.; SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, in M. Heinrich e al. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Klaus Roxin*, Berlin, 2011, p. 1515 ss.

²³⁹ Cfr. C. Giust. Ue, 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C-187/01-C385/01, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 778 ss. Per un'analisi della pronuncia, cfr., *ex plurimis*, CIAMPI, *La nozione europea di “persona giudicata con sentenza definitiva” e le condanne “patteggiate”*, in *Corr. giur.*, 2003, n. 10, suppl., p. 115 ss.

²⁴⁰ Cfr. C. Giust. Ue, 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 42, p. 102 ss., con nota di PIATTOLI, *Verso il ne bis in idem transnazionale. la nuova geopolitica delle indagini Ue*. Tale assunto viene ripreso ed approfondito nel caso *Gasparini*, del 28 settembre 2006, che giunse ad affermare come l'effetto preclusivo si estendesse anche alla decisione che avesse dichiarato la prescrizione del reato; principio poi esteso progressivamente anche alla sentenza che assolvesse per insufficienza di prove, la sentenza di condanna a pena sospesa, la sentenza di condanna che non possa trovare esecuzioni per specifici profili procedurali. Sul versante interno, si segnala come la Cassazione, pur con qualche ritrosia iniziale, si è lentamente determinata al riconoscimento della portata preclusiva del decreto di archiviazione, a condizione che l'interessato possa dimostrare che con il provvedimento sia

Ulteriore banco di prova ai fini di una corretta costruzione del *ne bis in idem* comunitario è rappresentato dal concetto di *idem factum*: se sul punto – anche in ragione della varietà delle formulazioni linguistiche – l’art. 54 CAAS non sembra risolutivo, il contributo della Corte europea risulta invece determinante. Nella pronuncia *Kretzinger*, si è individuato, quale unico criterio risolutivo, l’identità materiale dei fatti, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che ad essi venga data nell’uno e nell’altro ordinamento²⁴¹.

stata compiuta una verifica circa l’infondatezza della notizia di reato e “che tale apprezzamento ha condotto ad un giudizio definitivo di non colpevolezza, suscettibile di passaggio in giudicato”. Cfr. Cass. pen., sez. II, 18 gennaio 2007, *Centonze*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1060 ss., n. 307, con nota di TRACOGNA, *Ne bis in idem prova dell’esistenza di un provvedimento straniero preclusivo di un secondo giudizio*.

²⁴¹ Cfr. C. Giust. dell’Ue, 18 luglio 2007, *Kretzinger*, in *Foro it.*, 2007, VI, c. 447 ss., nonché COSTA RAMOS, *Ne bis in idem e Uniao Europeia*, 2009, p. 171 ss. Si precisa, inoltre, che, con sent. 31 maggio 2016, n. 200, la Corte costituzionale è tornata nuovamente a pronunciarsi in merito al rapporto tra il principio del *ne bis in idem* e il concorso formale di reati, dichiarando “l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale”. L’iter argomentativo della Corte si è articolato lungo due direttrici: 1. l’analisi del contrasto tra “medesimo fatto storico” (*idem factum*), nozione che deriverebbe dall’interpretazione da parte della Corte Edu dell’art. 4 Prot. 7 Cedu, e “medesimo fatto giuridico” (*idem legale*), che invece discenderebbe dalla lettura dell’art. 649 c.p.p. ad opera della Corte di Cassazione; 2. l’analisi del contrasto tra Convenzione e codice, asseritamente generato dalla regola, pacifica nel diritto vivente interno, che impedisce di applicare il divieto di doppio giudizio, ove tra il reato oggetto del primo giudizio (*res iudicata*) e quello oggetto del nuovo giudizio (*res iudicanda*) sussista un rapporto di concorso formale. Nell’affrontare l’annosa questione del contrasto tra fatto storico e giuridico, la Corte ha formulato una premessa, per cui, quando si indica il “fatto storico” non si deve intendere la sola “condotta”. Più in particolare, ritiene la Corte, “non vi è (...) alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all’azione o all’omissione, e non comprenda, invece, anche l’oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l’evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell’agente”. Per “fatto storico” si intende quindi la condotta e anche l’evento ed il nesso causale, purché valutati dal punto di vista empirico e non giuridico. Questa inferenza logica, a giudizio della Corte, non sarebbe contraddetta da alcuna delle sentenze della Corte Edu, le quali – dalla nota *Zolotukhin c. Russia* in avanti – non recherebbero l’affermazione inequivoca che il fatto vada assunto con esclusivo riferimento all’azione od omissione dell’imputato. In un secondo momento, la Corte ha precisato che il concetto di *idem legale*, inteso come l’insieme dei profili attinenti alla qualificazione giuridica del fatto (sul punto, la Corte fa sparsi riferimenti a “titolo, grado e circostanze del fatto”, “natura di pericolo del reato”, “bene giuridico tutelato”, “diverso ruolo dell’evento nella fattispecie”), ove applicato in tema di divieto di doppio giudizio, non sarebbe costituzionalmente legittimo, perché in violazione (non solo dell’art. 117, ma anche) degli artt. 24 e 111 della Costituzione. Un giudizio fondato sul medesimo fatto giuridico eleverebbe “il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l’occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l’individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato”. Ricostruite le nozioni di *idem factum* e *idem legale*, la Corte ha notato che sia la norma internazionale (art. 4 Prot. 7 alla Cedu) sia quella nazionale (art. 649 c.p.p.), così come interpretate dalle rispettive giurisdizioni, adottano la prima di tali nozioni. Impongono cioè un approccio storico-naturalistico (e non giuridico) per individuare ciò che deve essere “medesimo”, e finiscono entrambe per riferirsi alla triade condotta-evento-nesso causale, nella loro accezione empirica. La Corte giunge dunque ad una prima conclusione: l’asserito contrasto tra medesimo fatto giuridico e medesimo fatto storico, sebbene sia in astratto palese, in concreto non sussiste perché la Convenzione ed il codice di rito fanno entrambi riferimento al secondo,

In tale quadro, si inserisce l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, il quale – in ragione del richiamo espresso ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore definitivamente l'1 dicembre 2009 – è pienamente equiparato alle fonti primarie del diritto comunitario e, secondo la dottrina, assurge a “catalizzatore” della base giuridica per l'adesione dell'Unione alla Cedu²⁴². Anche se la derivazione della norma europea è direttamente rintracciabile nell'evoluzione dei suoi precedenti, *in primis*, l'art. 54 CAAS e l'art. 4 del Protocollo n. 7 del sistema convenzionale, la formulazione letterale sembrerebbe rispecchiare una concezione maggiormente restrittiva del principio,

il quale è pienamente conforme a Costituzione. Su questo primo punto, la questione di legittimità è quindi infondata. Ben diverso è il ragionamento condotto sul rapporto tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati. Per prima cosa, la Corte dà atto di un orientamento della giurisprudenza di legittimità pacifica e costante, secondo cui il rinnovato esercizio dell'azione penale, e la conseguente duplicazione dei giudizi, sono consentiti in ipotesi di concorso formale di reati *ex art. 81 c.p.*, anche quando il fatto è il medesimo sul piano empirico, ma formi oggetto di una convergenza reale tra distinte norme incriminatrici, tale da generare una pluralità di illeciti penali. Al contempo, tuttavia, i giudici rilevano come il principio del concorso formale, essendo istituito afferente alla materia penale sostanziale, non dovrebbe in linea teorica interferire con il divieto di doppio giudizio, che invece ha natura squisitamente processuale. Quest'ultimo dovrebbe riguardare esclusivamente la formazione di un giudicato sul medesimo fatto, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione. La Corte, tuttavia, si è detta “obbligata a prendere atto che il diritto vivente [...] ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 c.p., con il reato per il quale si procede”. La Corte quindi nota che: “Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 c.p., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*”. In breve, non esiste analisi sul concorso formale di reati che prescindano dall'*idem legale*, il quale – si è detto – è principio contrario alla Costituzione. Di qui dunque la conclusione che “sussiste il contrasto denunciato dal rimettente tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu, che vieta invece di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo”. Individuato tale contrasto, la Corte si è poi premurata di precisare subito che l'esistenza o meno di un concorso formale di reati è del tutto ininfluenza nella determinazione di eventuale *bis in idem*, una volta che l'art. 649 c.p.p. sia stato ricondotto a conformità costituzionale (sia stato cioè valutato solo l'*idem factum*), posto – come detto – che l'individuazione del concorso formale di reati è operazione che appartiene all'alveo dell'*idem legale*. Nel riconoscere o meno un'ipotesi di doppio giudizio così come vietato dall'art. 649 c.p.p., “l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice a *quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale”.

²⁴² Cfr. DI PAOLA, *sub art. 7 Trattato di Lisbona*, in *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di), Giarda, Spangher, I, Milano, 2010, p. 167.

incentrato su un'identità del fatto squisitamente giuridica e non più invece meramente fattuale: viene, infatti, proposta una dimensione normativa del *ne bis in idem* che esige la immediatezza del reato (*offence, infraction* o *Strafrecht*) nella sua connotazione propriamente giuridica più che nell'accezione materiale (cui, invece, facevano cenno i *same acts* ovvero i *memets faits* o, ancora il *derselben Tat* dell'art. 54 CAAS)²⁴³.

²⁴³ La delimitazione del campo di operatività del principio, è dipeso in gran parte dal parallelo art. 4 del Prot. n. 7 Cedu e dall'interpretazione costante della Corte Edu, la quale attribuiva all'identità del fatto un'accezione formale e restrittiva, sino al caso del *Zolotukhin c. Russia*, del 10 febbraio 2009, in cui, mutando il proprio orientamento, ha fornito per una più ampia lettura del requisito, incentrata sull'identità del fatto materiale, sanando in tal modo la discrasia giurisprudenziale creatasi con il canone interpretativo seguito dalla Corte europea. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, §§ 70-84, che costituisce il *leading case* in tema di *ne bis in idem* in materia tributaria. Altre pronunce rilevanti sul tema, cfr. C. eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, 11 dicembre 2014; C. eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*. Anche in Italia, è tutt'ora in corso il dibattito sulla sussistenza di profili di criticità intorno al c.d. doppio binario amministrativo-penale, delineato in materia tributaria: è altresì pendente un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia (sollevato dal Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015). Si evidenzia, inoltre, come la Corte di Cassazione sia, invece, nettamente contraria all'individuazione di una doppia incriminazione penale in ambito tributario: secondo un primo orientamento, il doppio binario in caso di omesso versamento di ritenute certificate non viola la garanzia del *ne bis in idem*, poiché l'illecito amministrativo tributario, pur essendo in rapporto di progressione illecita con lo speculare reato, non può essere considerato materia penale, se non viene soddisfatto il requisito della gravità della risposta sanzionatoria (cfr. Cass. pen., sez. III, 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266). Il secondo orientamento si fonda, invece, su un argomento, al quale la giurisprudenza fa ricorso per escludere il principio di specialità: l'eterogeneità degli interessi tutelati dalle due fattispecie (cfr. Cass. pen., 8 aprile 2014 (dep. 1 ottobre 2014), n. 40526; Cass. pen., 9 ottobre 2014 (dep. 12 marzo 2015), n. 10475). Vi è, infine, un terzo orientamento della Corte di cassazione, secondo il quale l'accertamento della violazione del principio del *ne bis in idem* incontra innanzitutto un limite di tipo processuale. Sia pure in presenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, il Collegio ritiene che "non [sia] deducibile dinanzi alla Corte di Cassazione la violazione del *ne bis in idem*, in quanto è precluso, in sede di legittimità, l'accertamento del fatto, necessario per verificare la preclusione derivante dalla coesistenza di procedimenti iniziati per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona" (cfr. Cass. pen., 11 febbraio 2015 (dep. 11 maggio 2015), n. 19334; Cass. pen., 15 aprile 2015 (dep. 20 maggio 2015), n. 20887). Si segnala anche una recente pronuncia del Tribunale di Asti (cfr. Trib. Asti, 10 aprile 2015), con cui il giudice, in tema di omesso versamento, ha affrontato la questione del *ne bis in idem* tramite un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p. ed, in particolar modo, del concetto di pronuncia definitiva, facendovi rientrare anche ipotesi di litispendenza. Per un approfondimento dei profili critici della disciplina tributaria, anche in ragione della redente riforma del sistema sanzionatorio, con il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, cfr. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2016, il quale delinea le possibili soluzioni: (a) interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p., di mera creazione giurisprudenziale, per altro non unanimemente condivisa, comporterebbe un'eccessiva forzatura del dettato normativo, funzionale esclusivamente a prevenire la duplicazione dei processi in ambito penale ed, inoltre, comporterebbe l'innescarsi di un circuito patologico tra il procedimento amministrativo e quello penale, in ragione del fatto che "il trattamento sanzionatorio dipenderà in definitiva da fattori casuali: dalla (maggiore) celerità con la quale il procedimento (di regola quello amministrativo) verrà definito e dalle scelte processuali dell'autore della violazione" (Cfr. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari a che punto siamo?*, cit., p. 15); (b) applicazione del *ne bis in idem* sostanziale, atteso che "materia tributaria non sembrano mancare punti di riferimento che consentono di individuare, sul piano del disvalore del fatto, la norma prevalente nel caso concreto, facendo riferimento alle soglie di rilevanza penale. Ciò consentirebbe di evitare, fin dal momento della mera qualificazione giuridica del medesimo fatto, la duplicazione punitiva (amministrativa e penale)" (Cfr. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari a che punto siamo?*, cit., p. 15).

Nonostante le interpretazioni letterali del principio portino ad una discrasia tra le varie formulazioni, si ritiene che una lettura eurounitaria richieda necessariamente un'uniformità del contenuto precettivo, anche in ragione di quanto riportato nelle *Spiegazioni* ufficiali della Carta europea, per le quali “per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del Protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla Cedu”. Ulteriore elemento a sostegno dell'identità di *ratio* delle due disposizioni viene fornita dall'art. 52, co. 3 della Carta europea, il quale sancisce chiaramente che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

Le criticità applicative dell'assenza di una perfetta armonia di vedute intorno al principio del *ne bis in idem* si riversano oggi sulla questione, fortemente dibattuta in dottrina, della legittimità dell'articolazione del sistema sanzionatorio interno sullo schema del c.d. “doppio binario”, con la previsione di sanzioni penali e misure amministrative a presidio di identiche fattispecie. È il caso della disciplina dell'abuso di mercato, la quale è stata di recente messa in discussione da parte della Corte Edu, con la pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, del 4 marzo 2014, con cui i giudici europei hanno riscontrato all'unanimità la violazione dell'art. 6 § 1 Cedu e dell'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu, in ragione della riconduzione del procedimento amministrativo svoltosi dinnanzi alla Consob, ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f., parallelo ed ulteriore rispetto all'imputazione penale, nella *matière pénale*, atteso il contenuto afflittivo della procedura e della sanzione comminata²⁴⁴.

²⁴⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, definitiva dall'8 luglio 2014. Per un riferimento bibliografico, cfr., *ex plurimis*, VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2014; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, n. 3/4, 2014, p. 219 ss.; D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 614 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, n. 3/4, 2014, p. 201 ss.; TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; SCAROINA, *La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2910 ss. Nel caso di specie, infatti, la Corte ha ritenuto la procedura amministrativa instaurata dalla

Nonostante il recente caso abbia riportato all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza la questione della delimitazione dell'ambito di operatività del principio comunitario del *ne bis in idem* e la sua portata rispetto all'ordinamento interno, si evidenzia che anche all'interno del *judicial dialogue* tra le stesse Corti europee non si registri un'unanimità di vedute dell'istituto: nel caso *Frasson*, la Corte di Lussemburgo ritiene che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, siano rilevanti tre criteri, quali, (a) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, (b) la natura dell'illecito e, infine, (c) la natura e il grado di severità della sanzione²⁴⁵.

Secondo i giudici europei, inoltre, sarebbe il giudice ordinario a dover valutare, alla luce di tali criteri, "se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli *standard nazionali*" ovvero se tali criteri non siano pregiudicati dal c.d. "doppio binario", valutabile, quindi, compatibile con gli interessi comunitari. Le conclusioni tratte dalla Corte europea, secondo la dottrina, confliggerebbero con la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, la quale ribadisce come non spetti, in nessun caso, al giudice

Consob sostanzialmente un'accusa di tipo penale, senza il rispetto delle garanzie individuali proprie del processo penale, individuando così un profilo di criticità rispetto all'art. 6 Cedu in materia di giusto processo: tale conclusione risiederebbe nel grado di severità dell'impianto sanzionatorio amministrativo, consistente nella potenziale applicazione di una sanzione amministrativa, il cui massimo edittale raggiunge l'importo di euro cinque milioni, oltre alla sanzione per i vertici aziendali della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, e, relativamente alle società quotate in borsa, la temporanea incapacità di assumere incarichi di direzione, amministrazione e controllo. A corroborare tale conclusione, secondo la Corte, vi sarebbe anche l'osservazione sulla natura dell'infrazione, connotate da uno scopo chiaramente repressivo (che si unisce a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziari cagionati dalla condotta). Ne consegue che, in ragione della riconduzione dell'art. 187-ter t.u.f. ai principi del diritto penale, la Corte abbia riscontrato anche la violazione del *bis in idem*, ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 7 Cedu: intorno ad un unico caso di specie, vi constava il provvedimento amministrativo *ex art. 187-ter t.u.f.*, passato in giudicato, ed il procedimento penale per il delitto di cui all'art. 185 t.u.f. ancora pendente. Al fine di constatare un effettiva violazione del principio generale, è necessario, secondo la Corte verificare l'identità materiale dei fatti: spetta, inoltre, al singolo Stato l'individuazione delle modalità di rimozione degli effetti dannosi provocati dalla violazione delle disposizioni convenzionali, con la chiusura del procedimento successivamente instaurato per la medesima accusa.

²⁴⁵ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 26 febbraio 2013, *Frasson*, C-617-10. Per un commento articolato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia economica e tributaria ed una sua ricostruzione critica in un'ottica di disallineamento rispetto alla giurisprudenza della Corte Edu, cfr., *ex plurimis*, DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit., p. 201 ss.; GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem, in corso di pubblicazione*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 14 ss.; VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013, p. 5 ss.

ordinario la valutazione della natura penale di una sanzione, non potendo nemmeno richiamarsi limitatamente all'esegesi degli *standard* nazionali²⁴⁶.

Emerge, come in assenza di una visione unitaria, si possano creare delle pesanti conseguenze sia in relazione alla coerenza del sistema europeo sia in relazione alla tenuta del sistema normativo italiano²⁴⁷.

Per ovviare a simili incongruenze di sistema, la dottrina si è interrogata, in primo luogo, sulla ricerca di una soluzione interna al caso *Grande Stevens c. Italia* ed, in secondo luogo, ai casi analoghi, in tutti i casi in cui il principio del *ne bis in idem* sia posto in relazione a (a) un provvedimento amministrativo definitivo e un procedimento penale in corso; (b) una situazione di litispendenza di entrambe le procedure; (c) un giudicato penale in relazione ad un procedimento amministrativo pendente²⁴⁸.

Con riferimento al primo caso, la Corte di Cassazione, con la pronuncia 17 dicembre 2013, è intervenuta qualche settimana prima del deposito della pronuncia di

²⁴⁶ Ulteriori criticità sorgono nella misura in cui la Corte di Strasburgo, nel corso della propria evoluzione giurisprudenziale, è giunta a fornire altri e, parzialmente diversi, requisiti funzionali alla delimitazione del concetto di materia penale: nel caso *Jussila c. Finlandia* si è precisato che una sanzione tributaria lieve non costituisce di per sé un fattore decisivo per escludere la natura penale dell'illecito; mentre, nel caso *Chambaz c. Svizzera* si è affermato che qualora la procedura fiscale e la procedura fiscale-penale, avviate contro un medesimo ricorrente, siano "legate tra di loro, in maniera da non essere sufficientemente distinte", vi è un'estensione delle garanzie dell'art. 6 Cedu anche alla procedura fiscale. Nel caso *Nikänen c. Finlandia*, la Corte Edu, nel ribadire i criteri direttivi elaborati a partire dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, ha concluso nel senso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione, precisando, inoltre, che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo. Rispettivamente, C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*; C. eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nikänen c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, 23 novembre 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

²⁴⁷ È evidente come, in ragione della differente impostazione concettuale tra le due giurisdizioni europee, il ruolo attribuito al giudice nazionale risulti fortemente contraddittorio: da una parte, infatti, il giudice ordinario sarà vincolato nella sua valutazione normativa del fatto quale illecito amministrativo o reato dalla legge nazionale, *in primis*, dal principio costituzionale di riserva di legge, ed, in secondo luogo, dai vincoli comunitari in tema di valutazione della compatibilità della doppia sanzione, e potrà, se del caso, ritenere che, non essendo la prima sanzione inflitta di natura penale (perché non qualificata in tal senso dall'ordinamento nazionale, né tale ritenuta dal diritto dell'Unione), lo *standard* di tutela nazionale rispetto al principio del *ne bis in idem* non è stato affatto violato. Dall'altra, però, una simile valutazione conforme agli interessi nazionali e comunitari potrebbe esporre ugualmente lo Stato alla violazione dell'art. 4 Prot. n. 7, in ragione della valutazione "sostanzialmente" penale sviluppata dalla Corte Edu, nel caso *Grande Stevens c. Italia*, in cui i giudici di Strasburgo hanno chiaramente ribadito come la compatibilità del c.d. doppio binario sia esclusa, ogniqualvolta la sanzione rivesta solamente una formale funzione amministrativa, per celare in realtà un contenuto fortemente afflittivo, integrando così il divieto di *multiple prosecutions*, in applicazione dell'interpretazione evolutiva della Convenzione, a prescindere, quindi, dalla valutazioni di residuali standard di tutela nazionali.

²⁴⁸ Cfr. FLICK-NAPOLEONI, "Materia penale", *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU*, 4 marzo 2014, sul *market abuse*, rinvenibile sul sito www.abi.it: *Relazione introduttiva dell'incontro di studio organizzato dall'Associazione Bancaria Italiana*, a Roma, il 4 giugno 2014, p. 13 ss.

Strasburgo, sancendo l'annullamento della pronuncia della Corte d'Appello, per intervenuta prescrizione, lasciando, tuttavia, aperta la questione del *ne bis in idem*: l'orientamento della Cassazione, si presenta, anzi, contrario al riconoscimento di un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p., funzionale al rispetto dei vincoli convenzionali²⁴⁹. In via generale, una parte della dottrina, per individuare una soluzione ai potenziali casi futuri, propone una rilettura della normativa sugli illeciti di abuso di mercato, ritenendo come valorizzando la clausola di salvezza – *incipit* dell'art. 187-*ter* t.u.f. – “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”, l'illecito penale dovrebbe applicarsi in via esclusiva come norma speciale più grave rispetto all'illecito amministrativo, quando siano ravvisabili gli elementi specializzanti della fattispecie penale²⁵⁰.

Un'altra parte della dottrina ritiene che il potenziale conflitto tra giudicati potrebbe risolversi per il tramite di un'interpretazione estensiva, convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. ad opera del giudice ordinario, nella misura in cui tale disposizione affermerebbe “un principio di garanzia ed è norma di portata generale, non certo eccezionale, che può essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere nel concetto “di sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili” anche i provvedimenti di condanna definiti “penali” dalla Corte di Strasburgo. In definitiva, si tratterebbe di attribuire all'elemento normativo “sentenza penale” di cui all'art. 649 c.p.p. il significato indicato dalla fonte convenzionale, facendovi rientrare l'ipotesi in cui per lo stesso fatto, oggetto di un'azione penale e di una parallela procedura amministrativa, sia stata applicata una sanzione “sostanzialmente penale”, perché tale

²⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915; Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2014, n. 510.

²⁵⁰ Tale ricostruzione si presenta conforme al quadro convenzionale, imponendo una scelta alternativa tra i due tipi di illeciti, dall'altra parte, residuerebbe un profilo di contrasto con il *ne bis in idem* in relazione all'art. 187-*terdecies* t.u.f., nella misura in cui introduce un meccanismo limitativo della esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies* t.u.f. Si evidenzia, inoltre, come il principio di specialità sia comunemente inteso sulla base del confronto tra elementi costitutivi di fattispecie tipiche, in astratto considerate e, non tra fattispecie concrete, in ossequio al dato testuale dell'art. 9 della l. n. 689/81: tale linea interpretativa rischia nuovamente di porsi in contrasto con «l'approccio “sostanzialistico” privilegiato dalla Corte Edu, la quale, per determinare se il nuovo procedimento si basi sui medesimi fatti che sono stati oggetto di una precedente condanna definitiva, ritiene che la questione da risolvere non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-*ter* e 185, punto 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e ai giudici penali siano riconducibili o meno alla stessa condotta». Cfr. FLICK-NAPOLEONI, “*Materia penale*”, *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU*, cit., p. 13.

classificata dalla Corte Edu, come avvenuto nell'ipotesi regolata dal su citato art. 187-ter²⁵¹.

L'unica soluzione percorribile sia nell'ipotesi *sub* (b) sia *sub* (c) ovverosia nei casi di pendenza del procedimento penale, piuttosto che, di entrambe le procedure, sarebbe rappresentato per la maggior parte della dottrina dal ricorso alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu, nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi protocolli: strada, peraltro, già intrapresa dalla quinta sezione penale della Cassazione, in relazione all'art. 187-bis t.u.f., nella parte in cui prevede "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "Salvo che il fatto costituisca reato" ed, in via subordinata, riguardo all'art. 649 c.p.p.²⁵².

²⁵¹ Cfr. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, p. 3 ss.

²⁵² Nell'ambito di un procedimento penale per il delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 t.u.f. a carico di un ricorrente, già stato sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto (diversamente qualificato ai sensi dell'art. 185-bis t.u.f.) da parte della CONSOB, la quinta sezione penale della Cassazione, rilevata l'impraticabilità di una interpretazione conforme della normativa interna a quella sovranazionale, ha sollevato: a) in via principale, questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu, dell'art. 187-bis t.u.f., nella parte in cui prevede "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "Salvo che il fatto costituisca reato"; b) in via subordinata, ulteriore questione di legittimità costituzionale, per violazione del medesimo parametro e con riferimento alla medesima disposizione convenzionale, dello stesso art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi protocolli. Cfr. Cass. pen., sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), Pres. Vessichelli, Rel. Caputo, Imp. Chiaron, in relazione alla quale è intervenuta la decisione della Corte costituzionale, di cui ad oggi si conosce solo il dispositivo: i Giudici hanno dichiarato inammissibili le questioni di illegittimità costituzionale, così come risulta dal comunicato dell'Ufficio della Corte costituzionale, dell'8 marzo 2016. Ulteriori soluzioni sono state elaborate da Viganò, il quale propone quale ipotesi alternativa alla questione di illegittimità costituzionale, la diretta applicabilità sia dell'art. 50 della Carta europea sia dell'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu. In relazione alla diretta applicabilità della disposizione comunitaria si ritiene come essa espliciti un raggio di azione più ampio rispetto alla omologa disposizione convenzionale: se, infatti, quest'ultima ha una funzione di evitare le *multiple prosecutions* in materia penale all'interno del medesimo Stato, la disposizione comunitaria assume un'efficacia applicativa anche di tipo orizzontale, precludendo la duplicazione di giudicati tra gli Stati membri dell'Unione. Secondo l'autore, inoltre, le due disposizioni avrebbero il medesimo contenuto garantista, atteso che in base alla Spiegazioni ufficiali alla Carta europea, l'art. 50 "riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU" e, in applicazione della regola generale di cui al successivo art. 52 "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono

Nei casi in cui entrambe le pronunce siano definitive ovvero nel caso di giudicato penale (*sub* caso d), la problematica si ripropone in sede esecutiva in relazione al problema del conflitto pratico di giudicati *ex art.* 669 c.p.p.: anche per la dimensione esecutiva, una parte della dottrina tende ad individuare una soluzione coerente tramite l'interpretazione convenzionalmente orientata – in parallelo all'art. 649 c.p.p.²⁵³; altra parte della dottrina ritiene più opportuno sollevare questione di legittimità costituzionale, in conformità agli assunti già espressi in tema dell'art. 649 c.p.p.; una parte minoritaria, anche se vivacemente criticata, ipotizza un'applicazione estensiva dell'art. 673 c.p.p.²⁵⁴.

In conclusione, in attesa degli ulteriori sviluppi giurisprudenziali e di una seria presa di coscienza da parte del legislatore italiano²⁵⁵, si condivide l'impostazione della

uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". In ragione dell'interpretazione conforme dell'art. 50 della Carta europea rispetto alla giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo, si dovrebbe pervenire alla conclusione per cui tale norma rappresenta la base giuridica in tema di *ne bis in idem* internazionale, la cui violazione deve essere accertata ad opera del giudice nazionale nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea. Con riguardo, invece, alla diretta applicazione dello stesso art. 4 del Prot. n. 7 della Cedu, l'autore articola la sua argomentazione intorno a cinque fondamentali punti: "1) il prot. 7 Cedu è stato ratificato nell'ordinamento italiano in forza della legge 9 aprile 1990, n. 98, che contiene come di consueto la clausola di "piena e intera esecuzione" delle norme ivi contenute: le quali divengono così parte integrante della "legge" alla quale ogni giudice italiano è soggetto, in forza dell'art. 101 co. 2 Cost.; 2) sia pure incorporate nel sistema normativo che vincola il giudice, le norme internazionali conservano tuttavia la loro natura originaria, e restano soggette ai criteri ermeneutici (generali o speciali) vigenti nell'ordinamento internazionale; 3) il sistema della Cedu e dei suoi protocolli individua, in particolare, nella Corte Edu l'interprete autentico delle norme contenute in tali fonti (art. 32 Cedu): sicché il contenuto delle disposizione del Prot. 7, tra cui l'art. 4, andrà ricostruito alla luce delle indicazioni provenienti dalla pertinente giurisprudenza di Strasburgo; 4) inteso secondo queste indicazioni, l'art. 4 Prot. 7 Cedu ha un'area applicativa eccedente quella regolata, a livello nazionale, dall'art. 649 c.p.p., estendendo il divieto di secondo giudizio non soltanto all'ipotesi in cui il soggetto sia stato prosciolto o condannato per lo stesso fatto con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, ma anche all'ipotesi in cui sia stato sanzionato con provvedimento definitivo formalmente amministrativo, ma dalla natura sostanzialmente penale; 5) *ergo*, rispetto a questa area applicativa eccedente quella coperta dall'art. 649 c.p.p., l'art. 4 Prot. 7 opera come la norma di riferimento applicabile dal giudice italiano. Una norma, dunque, che disciplina una sottofattispecie astratta non regolata in alcun modo (né conforme, né difforme) dalla norma italiana contigua dell'art. 649 c.p.p.: la quale non deve affatto essere disapplicata, avendo ad oggetto una diversa (e più circoscritta) fattispecie, caratterizzata dalla presenza di una sentenza o di un decreto penale di condanna anche formalmente qualificati come "penali". Cfr. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 5.

²⁵³ Cfr. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit., p. 216.

²⁵⁴ Cfr. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, cit., p. 3 ss.

²⁵⁵ Cfr. Corte cost. 12 maggio 2016, n. 102, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dalla quinta sezione penale della Corte di Cassazione con ordinanza n. 38 del 15 gennaio 2015 ("Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, co. 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) e dell'art. 649 del codice di procedura penale, sollevate, per violazione dell'art. 117, primo co., della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti

dottrina che suggerisce, in primo luogo, la proposizione di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell'Ue in relazione all'effettiva portata e all'ambito di applicazione della disciplina sull'abuso di mercato, prevista agli artt. 187-*ter*, 187-*duodecies* e 187-*terdecies* del d.lgs. n. 58/1998, trattandosi di una materia inerente gli interessi dell'Unione: in un'ottica eurounitaria di dialogo tra le Corti, risulta fondamentale che la Corte di Giustizia si esprima sulla compatibilità del c.d. doppio binario nei settori di rilevanza per le politiche comunitarie, in ragione dell'interpretazione "sostanziale" della materia penale fornita dalla Corte di Strasburgo: dall'analisi complessiva della giurisprudenza della Corte Edu, si evince come la previsione del c.d. doppio binario amministrativo/penale non sia di per sé lesivo delle disposizioni convenzionali. Ciò che invece è lesivo dei diritti fondamentali ed, in particolare, dell'art. 6 Cedu (*id est*: sottoposizione ad un procedimento pseudopenale, senza le garanzie tipiche del processo penale) e dell'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu (*id est*: *multiple prosecutions*) è il ricorso strumentale al procedimento amministrativo ed ai relativi profili sanzionatori, per "mascherare" un ulteriore canale – oltre al processo penale – sostanzialmente punitivo e repressivo. Le conseguenze di tale distorsione normativa si riverbererebbero, di conseguenza, sulla "doppia incriminazione", verificandosi un'ipotesi di *ne bis in idem* interno, con la duplicazione di procedimenti, entrambi penali – secondo i giudici di Strasburgo – a carico del medesimo soggetto²⁵⁶.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98; la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*ter*, co. 1, d.lgs. n. 58 del 1998, sollevata, per violazione dell'art. 117, primo co., Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 Cedu, dalla sezione tributaria della Corte di Cassazione, con l'ordinanza indicata in epigrafe"). La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile, "in quanto non rilevante nel giudizio a quo", la questione di legittimità, sollevata in via principale, in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* t.u.f. e ciò essenzialmente perché il procedimento celebrato dinanzi alla quinta sezione della Corte di Cassazione non aveva ad oggetto l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, bensì il reato di cui all'art. 184 t.u.f.; decisione, tra l'altro prevista, da parte della dottrina, nelle more della decisione, cfr. *ex multis*, VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, ivi, 16 maggio 2016. Inammissibile viene, altresì ritenuta la questione sollevata, in via subordinata, in relazione all'art. 649 c.p.p. Inammissibile è, infine, giudicata anche la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla sezione tributaria della Cassazione, con ordinanza n. 52 del 21 gennaio 2015, investita del ricorso contro di una corte d'appello confermativa di sanzioni irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-*ter* t.u.f. per un fatto di manipolazione del mercato, per il quale i ricorrenti avevano già patteggiato una pena, divenuta nel frattempo definitiva, ai sensi della parallela disposizione incriminatrice di cui all'art. 185 t.u.f. Per un primo approfondimento, cfr. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit.

²⁵⁶ Prendendo le mosse dalle soluzioni prospettate in dottrina in termini di diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta europea, si ritiene come tale strada non sia praticabile, in quanto i casi esaminati non sono espressione di un *ne bis in idem* eurounitario tra procedimenti di diversi Stati, ma riguardano la

1.5.2. (Segue) *Esecuzione penale e giudicato estero.*

Gli artt. 730-741 c.p.p. in combinato disposto con gli artt. 742-746 c.p.p. chiudono la disciplina sul giudicato, prescrivendo l'esecuzione delle sentenze straniere ovvero l'esecuzione all'estero delle sentenze interne, nella prospettiva di un miglioramento dei rapporti giurisdizionali internazionali, al fine di creare uno "spazio giudiziario internazionale comune"²⁵⁷.

La disciplina interna è altresì completata dalla normativa comunitaria e, segnatamente dalla decisione quadro 2008/909/GAI, recepita con d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 per cui si consente a un Paese dell'Unione europea di infliggere la pena detentiva imposta da un altro Paese, a un individuo residente sul suo territorio,

duplicazione di incriminazione all'interno del medesimo Stato membro: si dovrebbe, in altri termini, ricorrere all'applicazione dell'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu, il quale a sua volta richiama il contenuto precettivo dell'art. 50 della Carta fondamentale. Per percorrere tale soluzione, si dovrebbe conoscere la posizione della Corte di Giustizia dell'Ue, atteso che, per quanto l'art. 50 della Carta sia – in seno al Trattato di Lisbona, ex art. 6 – fonte primaria dell'Unione, la sua applicabilità diretta non è ancora riconosciuta all'unanimità. La diretta applicabilità dell'art. 4 del Prot. n. 7 Cedu è inoltre questione tutt'ora discussa, rientrando nel più ampio dibattito sull'incidenza delle disposizioni convenzionali rispetto all'ordinamento nazionale: in ragione del *leading case Scoppola c. Italia*, si dovrebbe piuttosto profilare una questione di legittimità costituzionale della normativa sull'abuso di mercato, in quanto lesiva dell'art. 117 Cost., quale norma interposta degli art. 7 Cedu e art. 4 del Prot. n. 7 Cedu, secondo l'interpretazione sostanziale della Corte di Strasburgo, nella misura in cui si prevede un duplice sistema sanzionatorio, senza le garanzie processuali e sostanziali. Trattasi, infatti, di una questione di qualificazione normativa di norme amministrative e della loro riconduzione alla materia penale: ogniquale si profili una duplicazione sanzionatoria ed essa non sia risolvibile secondo il principio del *ne bis in idem sostanziale*, si avrebbe un'illegittima configurazione normativa, la quale può essere censurata con il ricorso alla Corte costituzionale. Risulta, quindi, errato, incentrare la questione in termini esclusivi di giudicato, in quanto esso rappresenta una, la più rilevante, conseguenza del c.d. doppio binario: il *punctum dolens*, infatti, sta a monte sulla qualificazione di una norma penale, piuttosto che amministrativa e sulla sua relativa disciplina. Non risulta, quindi, giustificabile una questione di illegittimità costituzionale incentrata sull'art. 649 c.p.p., nella parte in cui si dovrebbe prevedere un'estensione del concetto di efficacia preclusiva per ricomprendervi un procedimento pendente, qualificato come penale, solamente in ragione di un'interpretazione evolutiva della Corte di Strasburgo. Si osserva, infatti, in primo luogo, come il concetto di litispendenza sia ad oggi fortemente dibattuto e non vi sia unanimità di vedute né in dottrina né in giurisprudenza e, quindi, una scelta favorevole per la sua previsione non sarebbe conforme al "diritto vivente". È evidente, altresì, come intervenendo solo sul giudicato si rischierebbe, da una parte di deresponsabilizzare il legislatore da tecniche normative consapevoli e conformi ai principi del diritto penale, atteso che a monte il sistema prevedrebbe, in ogni caso, un rimedio al caso concreto sull'inesatta qualificazione legislativa: tale forma di tutela rimane, tuttavia, vincolata ad una pronuncia della Corte di Strasburgo che accerti la "frode delle etichette" e sarebbe quindi diretta esclusivamente al ricorrente ovvero ai casi analoghi, nel rispetto dei requisiti del caso pilota *Scoppola*.

²⁵⁷ Secondo la dottrina, "L'obiettivo si coniuga anche con la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), dal momento che il condannato ha maggiori possibilità di reinserimento se può espiare la pena nel Paese in cui ha saldi legami sociali e familiari". Cfr. DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, VIII ed., Padova, 2014, p. 803; DIOTALLEVI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, (diretto da) LATTANZI-LUPO, X, Milano, 2012, p. 379 ss.

istituendo un sistema per trasferire i detenuti (residenti in un Paese dell'Unione) verso il Paese di cui sono cittadini (o nel quale risiedono abitualmente) o verso un altro Stato con il quale abbiano stretti legami, affinché possano scontare la pena detentiva²⁵⁸. Oltre alla decisione richiamata, il quadro normativo si completa con l'ulteriore decisione 2008/947/GAI sul mutuo riconoscimento delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive. Tali decisioni sottopongono a profonda trasformazione la cooperazione giudiziaria in tema di pene detentive e sanzioni sostitutive, estendendo l'area di operatività del principio del mutuo riconoscimento attraverso il progressivo superamento del tradizionale modello intergovernativo di trasferimento dei condannati, caratteristico degli strumenti di diritto pattizio, puntando altresì al rafforzamento delle possibilità di reinserimento sociale della persona condannata²⁵⁹.

²⁵⁸ Tuttavia, tale disciplina non può ritenersi completamente operativa: al febbraio 2014, infatti, gli Stati dell'Unione che avevano recepito la decisione quadro contemplata sono stati, compresa l'Italia, solo diciotto. Si veda al riguardo la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare, Bruxelles, 5 febbraio 2014, COM(2014) 57 finale, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2014. In tema di cooperazione giudiziaria internazionale, il panorama normativo può dirsi ulteriormente integrato, da ultimo, dalla legge 20 dicembre 2012, n. 237, recante "Adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale", che, appunto, consente all'Italia di cooperare altresì con la Corte penale internazionale, conformando l'ordinamento interno alle previsioni dello Statuto della Corte penale stessa: l'art. 1 prevede che la cooperazione avviene sulla base delle disposizioni contenute nello Statuto nel limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

²⁵⁹ Cfr. MARTUFI, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2/2016, p. 34 ss., in cui l'autore esplicita l'obiettivo di fondo di entrambe le decisioni: «L'assunto di base, naturalmente, è quello di impedire lo sradicamento del condannato dal contesto culturale, linguistico e sociale di provenienza, anche in ragione della scarsa efficacia di un percorso trattamentale che si rivolga a quanti, una volta terminata l'esecuzione della pena, debbano essere espulsi o intendano fare ritorno nel Paese d'origine. Spetta quindi al giudice dello Stato di emissione verificare in concreto le possibilità di risocializzazione del condannato oggetto di trasferimento, avuto riguardo in particolare ai legami che questi intrattiene con lo Stato di esecuzione. Il rilievo assegnato alla finalità di reinserimento sociale sembra trovare conferma nella previsione dell'art. 4 par. 2 della decisione quadro, ove si prevede che l'autorità dello Stato di emissione dia avvio alla procedura di riconoscimento soltanto laddove nutra la certezza che l'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione "abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata". Ne consegue, a contrario, che il giudice dello Stato emittente non potrà mai inoltrare una richiesta di riconoscimento ove permangano dubbi in merito alle maggiori possibilità di rieducazione offerte al detenuto dal ritorno nello Stato di cittadinanza o residenza». La necessità di porre le condizioni per il reinserimento sociale del reo, tuttavia, si riflette anche nel minor peso attribuito al consenso del condannato ai fini della consegna allo Stato di esecuzione. Si tratta delle ipotesi indicate all'art. 6 par. 2 della decisione quadro, a mente del quale non è necessario acquisire il consenso dell'interessato laddove la richiesta sia inoltrata: a) allo Stato membro di cittadinanza in cui la persona condannata vive; b) allo Stato membro verso il quale la persona condannata sarà espulsa, una volta dispensata dall'esecuzione della pena, in esecuzione di un ordine di espulsione o di allontanamento; c) allo Stato membro nel quale la persona condannata si è rifugiata per sottrarsi al procedimento penale pendente nei suoi confronti nello Stato di emissione o a seguito della condanna emessa dall'autorità

2.6. Giudicato penale e processo civile. Gli effetti penali indiretti.

Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, all'interno dell'architettura del processo penale, non è dato rinvenire una disposizione assimilabile, quanto a contenuto, all'art. 2909 cod. civ., per cui si sancisce l'incontrovertibilità della cosa giudicata (sostanziale), nella misura in cui "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato *fa stato* a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". L'immutabilità della cosa giudicata si esplica, infatti, alla massima potenza nella misura in cui alla dimensione formale dell'irrevocabilità della sentenza si unisce *l'incontrovertibilità dell'accertamento processuale*, che si sostituisce alla legge (astratta) nel caso concreto per la regolamentazione delle posizioni soggettive tra le parti in causa²⁶⁰.

Alla regola processuale dell'irrevocabilità (formale), non segue a livello sostanziale una norma processuale che imponga l'incontrovertibilità dell'accertamento processuale insito nella sentenza di condanna penale: l'unico collegamento che si può rintracciare per il processo penale riguarda il piano degli effetti preclusivi/negativi *ex* art. 649 c.p.p. e, positivi/sostanziali, *ex* artt. 651 c.p.p.: si può parlare, quindi, di immutabilità del giudicato – inteso in termini assimilabili al giudicato civile o amministrativo – esclusivamente con riguardo alle statuizioni civili del giudice penale sulle restituzioni e risarcimento del danno, le quali, peraltro, acquistano efficacia provvisoriamente esecutiva, prescindendo dalla formazione del giudicato penale e

giudiziaria di quest'ultimo. L'art. 5 co. 4 d.lgs. 161/2010 – che recepisce il dettato dell'art. 6 par. 2 della decisione quadro – introduce una rilevante eccezione alla regola di cui all'art. 742 co. 2 c.p.p., per cui l'esecuzione all'estero di una sentenza penale può essere domandata solo se ritenuta in grado di favorire il reinserimento sociale del condannato e laddove quest'ultimo, reso edotto delle conseguenze, vi abbia acconsentito. Sul punto, cfr. PISANI, *Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 513 ss.

²⁶⁰ Per una ricostruzione del giudicato in tale prospettiva, cfr. *ex multis*, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 17 ss; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20; CORBI-NUZZO, *Guida pratica dell'esecuzione penale*, cit., p. 12; DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale*, n. 32/2014 sui giudicati di condanna. I Parte., cit., p. 770; RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., pp. 12-13. Per un approfondimento della dottrina processual-civilistica che si interessa del giudicato e dell'esecuzione, secondo una prospettiva particolare, cfr. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 4 ss.; riflessioni riprese in ambito anche da MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 405 ss.

seguendo, invece, l'*iter* esecutivo proprio delle disposizioni processual-civilistiche in punto di esecuzione forzata²⁶¹.

La *ratio* del giudicato penale deve essere, quindi, chiaramente differenziata dal giudicato civile (e amministrativo): la disciplina del giudicato penale si limita, infatti, a sancire *la definitività (id est: irrevocabilità formale/giudicato formale)* dell'accertamento processuale così come si è cristallizzato a chiusura dell'*iter* processuale, stabilendone la sua non ripetitività, al di fuori dei mezzi di impugnazione ordinari e/o straordinari²⁶², in un'ottica sia di stabilità (relativa) dei rapporti giuridici esauriti (interesse collettivo), sia per evidenti ragioni di economicità processuale sia a tutela del singolo nella forma del *ne bis in idem*²⁶³.

La sentenza penale passata in giudicato, oltre all'efficacia diretta negativa del divieto di *bis in idem*, consistente nella preclusione di cui all'art. 649 c.p.p., è suscettibile di produrre effetti di natura costitutiva, sia su altre regiodicande penali, sia su procedimenti extrapenali²⁶⁴.

Il sistema processuale prevede, infatti, specifici strumenti idonei ad incidere, almeno parzialmente, sul medesimo oggetto di accertamento contenuto nella sentenza definitiva, distinguendo l'efficacia penale del giudicato, disciplinata ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. in materia probatoria²⁶⁵, dall'efficacia extrapenale in giudizi civili ed

²⁶¹ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20; ID., *L'esecuzione penale*, cit., p. 290 ss., nonché BELLAVISTA-TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 919 ss.; PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 1381 ss.

²⁶² Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20.

²⁶³ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20.

²⁶⁴ Per un approfondimento sul rapporto tra giudicato penale e processo civile con riguardo specifico al tema degli effetti extrapenali del giudicato, cfr. *ex multis* LUISO, *Il processo esecutivo*, in *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 2015, VII ed., p. 50 ss., nonché ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, p. 111 ss.

²⁶⁵ Con riguardo agli effetti indiretti del giudicato penale, una prima esplicazione della sua efficacia riflessa viene data nel sistema processuale dalla possibilità di utilizzare la sentenza irrevocabile sia di proscioglimento sia di condanna come prova in un diverso procedimento penale, ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p.: l'unico vincolo normativo alla sua utilizzabilità viene posto al giudice, il quale, se intende avvalersene come prova, deve riferirsi alla disciplina in materia di prove *ex art.* 192, co. 3 c.p.p., ponendo alla base della sua determinazione anche ulteriori e diversi riscontri probatori. La sentenza penale irrevocabile, prima della novella introduttiva del 1992 (*ex legge* 7 agosto 1992, n. 356), era suscettibile di essere acquisita, purchè irrevocabile, in un altro processo ai fini del giudizio sulla personalità, sulla credibilità di un testimone o sulla personalità della persona offesa, laddove il fatto oggetto di valutazione verteva sul comportamento e sulle qualità morali della persona offesa dal reato. L'art. 236 c.p.p. consente infatti di acquisire, nel procedimento penale in corso, rilevante documentazione già prodotta dinanzi ad altri organismi giurisdizionali: il tema di prova *ex art.* 236 c.p.p. è limitato però al giudizio sulla personalità dei soggetti processuali indicati dal legislatore stesso. Ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. invece si stabilisce che le sentenze irrevocabili sia di proscioglimento sia di condanna, emesse in seguito al dibattimento o giudizio abbreviato possono essere acquisite come prova del fatto in esse accertato. La

amministrativi, contemplata agli artt. 651-654 c.p.p.²⁶⁶. In conformità alla disciplina codicistica, occorre distinguere la trattazione, a seconda che il giudicato inerisca ad una sentenza di condanna ovvero di proscioglimento.

Con riguardo alla sentenza di condanna, l'art. 651, co. 1 c.p.p. delimita l'ambito – ristretto – di operatività della regola dell'efficacia di giudicato, distinguendo sia dei limiti oggettivi sia soggettivi: 1) *limiti soggettivi*: l'efficacia del giudicato opera nei confronti del processo civile o amministrativo che abbia per oggetto le restituzioni e il risarcimento del danno e che sia stato promosso nei confronti “del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale”; 2)

dottrina tende a valutare criticamente tale disposizione, rilevando come si determini una notevole compressione del contraddittorio tra le parti su elementi conoscitivi, la cui conoscenza e rilevanza vengono acquisite tramite la produzione in giudizio di documentazione esterna e formata al di fuori del processo in corso. Cfr., *ex multis*, ROMBI, *L'acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. e processo*, 2004, p. 483.

²⁶⁶ La dottrina propone altresì una ricostruzione dell'efficacia del giudicato penale in relazione ad una *summa divisio* tra le ricadute che la sentenza definitiva produce nei confronti dell'imputato e le implicazioni che quest'ultima ha verso altri imputati di procedimenti penali. Secondo l'autore, l'istituto del giudicato penale esaminato dal punto di vista della persona del condannato può essere considerato come un fatto storico: ove, infatti, vi sia stata condanna irrevocabile, il giudicato comporta la immutabilità dell'accertamento della responsabilità penale nei confronti dell'imputato. Il giudicato produce quindi un effetto vincolante in relazione all'imputato medesimo e l'accertamento della responsabilità in esso contenuta deve essere ritenuto giuridicamente “vero”, in quanto risultato delle evidenze processuali ed indice della verità giudiziale. La questione risulta maggiormente complicata laddove si ponga il giudicato penale in relazione ad altri processi penali che possano instaurarsi a carico del medesimo condannato ovvero di altri imputati: in entrambi i casi la sentenza penale non esplica alcun effetto vincolante sugli altri processi. Nel caso in cui, infatti, un successivo processo penale venga instaurato nei confronti di altri imputati, il giudice potrà accertare nuovamente il medesimo fatto storico e potrà ritenere che sia stato commesso con diverse modalità, o, perfino, che non sia esistito: non sussiste quindi alcun effetto preclusivo del primo giudicato rispetto ad un nuovo instaurando procedimento penale, in quanto difetta il requisito soggettivo del “medesimo imputato”. In termini analoghi, il giudicato penale non esplica alcun effetto preclusivo nei confronti di un ulteriore procedimento penale instaurato nei confronti del medesimo imputato, atteso che il fatto storico per cui si procede risulterà diverso dal primo oggetto di condanna: anche in tale caso, il giudice potrà liberamente valutare le prove già considerate nel precedente procedimento penale, in quanto si procede per un fatto storico diverso, seppur contestato a carico del medesimo imputato. In sintesi, la sentenza penale irrevocabile non ha nei confronti di altri procedimenti penali, alcun effetto vincolante e preclusivo, atteso che l'accertamento della responsabilità ha comportato esclusivamente l'affermazione dell'esistenza di un fatto storico in senso soggettivo e non oggettivo: un altro giudice potrà quindi valutare liberamente quel determinato fatto storico diversamente ed attribuirlo potenzialmente ad un altro imputato. In dottrina, cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 797 ss., nonché CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1070; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1217 ss.; DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 704 ss.; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 1019 ss.; NORMANDO, *Il giudicato penale*, cit., p. 60; TAORMINA, *Procedura penale*, cit., p. 484 ss. In tali casi, però, potrebbe crearsi un'ulteriore situazione problematica rappresentata dal c.d. “conflitto teorico tra giudicati”, nella situazione di due sentenze irrevocabili emesse nei confronti di due differenti soggetti che accertino fatti tra di loro incompatibili. In simili ipotesi, la soluzione offerta dal sistema processuale è senza dubbio rappresentata dal rimedio eccezionale della revisione nella ipotesi di oggettiva inconciliabilità tra fatti su cui si fondano le sentenze *ex art. 630, co. 1 lett. a)*. Per un approfondimento, cfr. Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 194.

limiti oggettivi: il giudicato copre “l’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso”, laddove il termine fatto viene inteso nella sua realtà fenomenica ed in senso naturalistico, quale fatto materiale riferibile soggettivamente all’imputato. Il riferimento espresso alla “illiceità penale” del fatto porta a considerare come esterna alla norma l’illiceità civile, che non può essere esaminata nel processo penale²⁶⁷.

I vari gradi di incidenza extrapenale della sentenza irrevocabile di assoluzione, pronunciata in seguito a dibattimento, sono disciplinati, dell’art. 652 c.p.p.: il primo limite all’efficacia di giudicato discende dal requisito oggettivo delle formule assolutorie, atteso che rilevano solamente quelle formule che assolvono l’imputato in modo pieno ed assoluto, dal “perché il fatto non sussiste”, “l’imputato non lo ha commesso” al “il fatto è stato compiuto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima”. Un secondo limite di tipo oggettivo richiede che la sentenza contenga un accertamento: occorre quindi che l’innocenza risulti provata, non essendo sufficiente, al contrario, che il giudice dichiari l’esistenza di un ragionevole dubbio sulla reità dell’imputato²⁶⁸. Il terzo limite è di tipo soggettivo ed esclude l’efficacia del giudicato sia nei confronti di quel danneggiato che abbia iniziato l’azione risarcitoria in modo tempestivo davanti al giudice civile sia nei confronti di quello che non sia stato posto, in concreto, in condizione di costituirsi parte civile nel processo penale²⁶⁹.

²⁶⁷ L’ipotesi testè esaminata riguarda la sentenza di condanna emessa in sede dibattimentale, perché con riguardo, invece, alle sentenze di condanna emesse in sede di giudizio abbreviato, il codice di rito pone un ulteriore limite, *ex art. 651, co. 2 c.p.p.*, laddove l’efficacia del giudicato penale è subordinata al mancato esercizio della facoltà di opposizione attribuita alla parte civile che non abbia accettato la risoluzione del procedimento penale con il rito alternativo: in caso di mancata accettazione del rito, il danneggiato potrà esercitare l’azione risarcitoria davanti al giudice civile (*ex art. 441, co. 4 c.p.p.*), evitando così la sospensione del processo civile. Da ciò si desume che la condanna ha effetto di giudicato nei confronti della parte civile solamente quando quest’ultima abbia accettato espressamente o tacitamente tale rito alternativo *ex art. 441, co. 2 c.p.p.* Nessuna efficacia di giudicato in tema di danno da reato esercita invece la sentenza emessa a seguito del rito alternativo di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento), poiché tale effetto è escluso ai sensi dell’art. 445, co. 1-*bis* c.p.p. Anche il decreto penale di condanna non ha efficacia di giudicato nel giudizio di danno derivante da reato (*ex art. 460, co. 5 c.p.p.*), atteso che tale rito è stato costruito dal legislatore, *ab origine*, nella prima fase, senza contraddittorio tra le parti. Anche le sentenze rese all’esito del processo minorile non esplicano alcun effetto extrapenale, così come è sancito ai sensi dell’art. 10, co. 2 del D.p.r. 22 settembre 1988, n. 448. Per un approfondimento in dottrina, cfr. NORMANDO, *Il giudicato penale*, cit., p. 60.

²⁶⁸ Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 990, nonché CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 700.

²⁶⁹ Cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 797 ss., nonché CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1070; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1217 ss.; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 1019 ss.; FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 704 ss.; TAORMINA, *Procedura penale*, cit., p. 484 ss.

L'art. 653 c.p.p. disciplina invece le ipotesi di efficacia del giudicato delle sentenze penali irrevocabili nel giudizio disciplinare, o meglio, secondo la testuale dizione codicistica – nel giudizio che si svolge “davanti alle pubbliche autorità”. Il riferimento specifico è generalmente interpretato nel senso che per “pubbliche autorità” debbano intendersi non solo quelle che operano all'interno della pubblica amministrazione, ma anche quelle che siano investite di poteri giurisdizionali nell'ambito dell'organizzazione disciplinare di categoria professionali. In questo ambito, le sentenze assolutorie del giudice hanno “efficacia di giudicato [...] quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale o che l'imputato non lo ha commesso (*ex art. 653 c.p.p.*)”²⁷⁰.

Dallo schema delle disposizioni testè citate, si discosta l'art. 654 c.p.p., che attribuisce efficacia extrapenale al giudicato non in relazione al contenuto decisorio della sentenza, bensì in base alla circostanza che l'accertamento verta su fatti materiali rilevanti ai fini della decisione e dalla cui esistenza dipenda il riconoscimento di un diritto o di un interesse legittimo oggetto della controversia civile o amministrativa. La dottrina precisa che per “fatto materiale” non consiste nella *res iudicanda* e, quindi, nell'oggetto dell'accertamento, quanto in singoli episodi della realtà storica o fenomenica, il cui accertamento dipende dalla motivazione della sentenza penale²⁷¹.

Quanto alle decisioni da cui si dispiega il vincolo, la legge non distingue tra condanna ed assoluzione, richiedendo però che si tratti di sentenza pronunciata a seguito di dibattimento: si esclude quindi che possa avere efficacia *ex art. 654 c.p.p.* la sentenza pronunciata nel giudizio abbreviato e alla stessa conclusione si perviene anche per quella che avalla il patteggiamento. L'art. 654 c.p.p. si presenta alquanto generico, non indicando quali siano i giudizi pregiudicati dall'efficacia del giudicato penale: l'unico limite viene fissato nell'ultima parte dell'articolo, in cui si sancisce che il vincolo è escluso nei casi in cui la legge civile “ponga limitazioni alla prova della posizione

²⁷⁰ Anche quanto accertato dalla condanna penale vincola il giudice c.d. disciplinare: gli elementi su cui gli è precluso un ulteriore accertamento – gli stessi riguardo ai quali è vincolato il giudice civile o amministrativo nei giudizi di danno – risultano specularmente identici a quelli in ordine ai quali si esplica il vincolo delle sentenze assolutorie *ex art. 653 c.p.p.* Dal rinvio che l'art. 445, co. 1-*bis* c.p.p. effettua all'art. 653 c.p.p. si deduce che gli effetti vincolanti del giudicato si esplicano, negli stessi limiti, anche nei confronti delle sentenze di patteggiamento. Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., pp. 701-702.

²⁷¹ Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., pp. 701-702.

soggettiva controversa”²⁷². Quanto ai limiti soggettivi dell’efficacia del giudicato sui “fatti materiali”, la norma appare incondizionata per chi sia stato imputato ovvero parte civile nel processo penale; mentre nei confronti del responsabile civile, la condizione è che costui si sia costituito ovvero sia intervenuto nel processo²⁷³.

²⁷² Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 702.

²⁷³ Un ultimo appunto sul tema riguarda la recente introduzione, ai sensi decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 in attuazione dell’art. 1, co. 1 lett. m) della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, dell’art. 651-*bis* c.p.p. in materia di efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento pronunciata a seguito dell’applicazione della neointrodotta speciale causa di non punibilità per particolare tenuità *ex art. 131-bis* c.p. La previsione di una norma di chiusura si è resa necessaria, attesa la peculiare natura della sentenza *ex art. 131-bis* c.p.: trattasi infatti di una sentenza di proscioglimento *sui generis*, in cui, nonostante la non punibilità dell’imputato, permane il *dictum* della sentenza di condanna consistente nell’accertamento da parte del giudice della responsabilità per i fatti contestati. Ai sensi del primo comma dell’art. 651-*bis* c.p.p. si stabilisce che: “La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale”. Anche con riferimento alla nuova disposizione, il legislatore delinea dei precisi limiti di operatività dell’istituto: in primo luogo, si precisa come la sentenza penale di proscioglimento abbia efficacia di giudicato nei processi civili ed amministrativi esclusivamente in relazione “all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale all’affermazione che l’imputato lo ha commesso”, assimilando così la portata e la natura di tale pronuncia ad una sentenza irrevocabile di condanna ai sensi dell’art. 651 c.p.p.; in secondo luogo la vincolatività del *dictum* giudiziale si esplica nei confronti delle richieste di restituzioni e di risarcimento del danno esercitate in sede extrapenale nei confronti “dell’imputato prosciolto ovvero del responsabile civile che sia stato ritualmente citato ovvero intervenuto nel processo penale”. Il terzo limite concerne la scelta del legislatore di attribuire efficacia di giudicato esclusivamente alla sentenza penale di proscioglimento emessa in sede dibattimentale, ovvero a seguito di giudizio abbreviato, escludendo così la vincolatività del provvedimento di archiviazione emesso a seguito di richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero per tenuità del fatto. Il nodo diviene maggiormente problematico laddove si considerino le modifiche apportate dal legislatore con la medesima riforma al testo unico relativo al casellario giudiziale: la modifica fondamentale concerne l’integrazione dell’art. 3 lett. f), nella parte in cui si aggiunge alla lista dei provvedimenti ascrivibili anche “nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell’art. 131-*bis* del codice penale”. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell’affermare, anche sulla base dell’interpretazione letterale della norma, l’inclusione delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito di dibattimento ed in sede di giudizio abbreviato, le quali, conformemente all’art. 651-*bis*, co. 1 e 2 c.p.p. esplicano efficacia extrapenale sui processi civili ed amministrativi: altrettanto pacifica è la comprensione nel novero delle tipologie delle pronunce anche della sentenza predibattimentale emessa ai sensi dell’art. 469, co. 1-*bis* c.p.p. Fortemente discussa è invece l’opportunità di interpretare l’inciso di cui all’art. 3 del testo unico in materia di casellario giudiziale al fine di inserirvi anche il provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto: una parte della dottrina, infatti, tende ad interpretare, seppur criticamente, l’inciso normativo in senso estensivo, ricomprendendovi anche i provvedimenti di archiviazione; un’altra parte della dottrina, invece, facendo luce sul dato letterale opta per la soluzione contraria, evidenziando altresì la natura peculiare del provvedimento di archiviazione, che per sua stessa natura non può assurgere a provvedimento giudiziario definitivo ed irrevocabile. Tali specificazioni si sono rese necessitate dall’esigenza di contemperare il nuovo istituto con le istanze risarcitorie della parte civile, la quale potrà trovare ristoro del danno subito per effetto del reato solamente in sede civile, in ragione dell’efficacia di giudicato della sentenza penale di proscioglimento *ex art. 131-bis* c.p. Di estrema rilevanza risulta anche una recente pronuncia della Cassazione n. 15449 dell’8 aprile 2015 (dep. il 15 aprile 2015) – la quale ha decretato la natura sostanziale del nuovo istituto, sottoponendolo quindi all’applicazione della disciplina di cui all’art. 2, co. 4 c.p. anche ai procedimenti in corso, con consequenziale retroattività delle legge più favorevole. In relazione alla peculiarità della sentenza resa ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p., emerge un contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di qualificare l’istituto quale ipotesi di *abolitio criminis* per i

2.7. Il giudicato “aperto” sulla pena: dalla revisione del processo alla giurisdizione “rieducativa”.

Un’impostazione concettuale e normativa del giudicato penale, che tenga conto sia della dimensione della certezza del diritto sia delle istanze di giustizia sostanziale (*id est*: finalismo rieducativo della pena), si muove dalla premessa per cui il *decisum* giudiziale non può essere l’espressione di una verità processuale assoluta ed immutabile, insensibile ai vizi e agli errori giudiziari ovvero ai mutamenti successivi al passaggio in giudicato: il processo, infatti, “non è finalizzato a produrre decisioni qualsiasi [...], ma a produrre decisioni giuste”²⁷⁴. La giustizia di un processo penale si realizza “nella conformità all’ordine normativo del diritto (sostanziale e processuale), come pure nella consonanza all’orizzonte ideologico razionale della coscienza sociale, ma anche nella prospettiva della giustizia come conformità all’ordine degli accadimenti storici, ossia come riconoscimento della verità, assume un suo incontestabile primato”²⁷⁵.

L’intero processo penale è fisiologicamente proteso verso il raggiungimento, nelle dinamiche dell’accertamento processuale, di una decisione sulla responsabilità

delitti, ad oggi suscettibili di sua applicazione: si segnalano due recenti pronunce di merito, in cui viene affrontata la questione se sia possibile adire il giudice dell’esecuzione per ottenere una revoca della sentenza di condanna *ex art. 673 c.p.p.*, per i delitti ricompresi nella sfera di operatività dell’art. 131-*bis* c.p., al pari di un’ipotesi di *abolitio criminis*, con consequenziale travolgimento del giudicato penale, ai sensi dell’art. 2, co. 2 c.p. Secondo, il Tribunale di Milano, l’ipotesi dell’*abolitio criminis* è da escludere atteso che “la nuova causa di esclusione della punibilità soggiace allo sbarramento dell’art. 2, co. 4, c.p. e non può trovare applicazione riguardo a fatti di particolare tenuità già giudicati con sentenza irrevocabile. Essa, lungi dal comportare una *abolitio criminis* deducibile *in executivis ex art. 673 c.p.p.*, presuppone l’esistenza di un fatto di reato non inciso nel proprio disvalore astratto ma semplicemente nella propria punibilità in concreto”. Cfr. Trib. Milano, undicesima sezione, 3 novembre 2015, Giud. dott. Corbetta. Per un commento, cfr. GATTA, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e il limite del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015. Secondo la prima sezione della Corte di Assise di Palmi, l’operatività dell’art. 131-*bis* c.p. rientrerebbe invece nelle ipotesi di cui al combinato disposto degli artt. 2, co. 2 c.p. e 673 c.p.p., pur non comportando una integrale abolizione della fattispecie incriminatrice, ma una forte limitazione della punibilità delle fattispecie rientranti nei limiti edittali dell’art. 131-*bis* c.p.: cfr. Trib. Palmi, prima sezione, 19 ottobre 2015, Giud. estensore dott. Capone, con nota di GIUNTA, in *Archivio penale web*, 1/2016, p. 2 ss.; ipotesi supportata, anche se con motivazioni difformi, da Trib. Enna, ord. 22 giugno 2016, Giud. Minnella, con nota di MOSTARDINI, *Sulla possibilità di revocare per sopravvenuta abolitio criminis le sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto passate in giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016.

²⁷⁴ Cfr. TARUFFO, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 14, cit. in CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, 2012, p. 2. In senso analogo, cfr. TRANCHINA, *Unicique suum: errando tra Leonardo Sciascia e processo penale*, in CORSO-PERONI, (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*, 2010, p. 842 ss.

²⁷⁵ Cfr. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 2.

dell'imputato che sia priva di errori e difformità, a tutela sia delle esigenze individuali del singolo sia degli interessi pubblici dello Stato, istanze potenzialmente contrapposte, che proprio nella dimensione della giustizia, ritrovano unicità e consentono il progresso lineare dell'ordinamento giuridico. Laddove, invece, tale conformità venga a mancare, ricorrono i mezzi di impugnazione *post rem iudicatum*, che per tradizione, sin dall'impianto codicistico del 1930, si identificano per eccellenza nell'istituto della revisione.

La revisione, tradizionalmente intesa come rimedio esclusivo ed eccezionale rispetto all'intangibilità del giudicato, viene ad assumere un ruolo complementare e speculare, nella relazione dialettica – *dialektische Beziehung* – con il giudicato penale, teleologicamente coordinati nell'attuare un'integrazione funzionale del sistema processuale, in ordine alla necessità del sistema di rendere attuale la rispondenza tra *dictum* e giustizia. Secondo l'impostazione tradizionale, inoltre, il rimedio della revisione viene concepito esclusivamente *favor innocentiae*: ai sensi dell'art. 629 c.p.p., si stabilisce, infatti, che “è ammessa in ogni tempo a favore dei condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell'articolo 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta”²⁷⁶, escludendo la

²⁷⁶ L'elemento distintivo dell'istituto della revisione si individua nel *novum*, ovvero sia “dall'emergere di fatti, ossia elementi e situazioni storiche conosciuti solo successivamente alla formazione del giudicato, i quali si rivelano logicamente discordanti ed inconciliabili con la verità processuale accertata e cristallizzata nella sentenza irrevocabile di condanna, conducendo così all'esito di proscioglimento del condannato”. Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 224. Le ipotesi di rilevanza del *novum* rispetto al giudicato di condanna sono enucleate tassativamente, ai sensi dell'art. 630 c.p.p.: “La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato”. Per un approfondimento della trattazione istituzionale del tema, cfr., *ex plurimis*, CALLARI, *La revisione*, cit., p. 116 ss.; D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale: percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit. p. 20 ss.; GIALUZ, *sub art. 630*, in *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di), Giarda, Spangher, Milano, 2010, p. 7608 ss.; MARCHETTI, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di), Spangher, Torino, 2009, Vol. 5, p. 925 ss.; PRESUTTI, *sub art. 630*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, (a cura di), Conso, Grevi, Padova, 2007, p. 2132 ss.; ID., voce *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur.*, Roma, XXXI, 1991; SANTALUCIA, *sub art. 630*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, (a cura di), Lattanzi, Lupo, Milano, VII, 2008, p. 603 ss.; SPANGHER, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, XII, 1997, p. 135 ss.

legittimità – almeno, in via generale²⁷⁷, di ipotesi di revisione *in peius*. In ragione dell'esclusione di ipotesi rescissorie, *lato sensu* intese, *in peius*, la dottrina si è interrogata a lungo circa la riconduzione di tale scelta legislativa ai principi cardine della Costituzione: in altri termini, la previsione di un rimedio straordinario di riapertura del procedimento penale già conclusosi in un'ottica interamente incentrata sul *favor rei*, ha portato una parte della dottrina ad identificare una copertura costituzionale della revisione nell'inviolabilità del diritto di difesa, che, ai sensi dell'art. 24, co. 2 Cost., deve essere garantito in ogni stato e grado del procedimento, ovvero nel canone dell'uguaglianza-ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., o, ancora, nella funzione rieducativa della pena, *ex art.* 27, co. 3 Cost.²⁷⁸.

Un'altra parte della dottrina, invece, ritiene che l'istituto della revisione non possa beneficiare – in assenza di un esplicito richiamo in tal senso – di una diretta copertura costituzionale, ma che, invece, assuma una rilevanza costituzionale *assiologica*. La revisione, infatti, costituisce una delle possibili manifestazioni

²⁷⁷ Si allude all'annosa tematica della legittimazione nel nostro ordinamento della revisione *in peius*. In assenza di una diretta copertura costituzionale, si sostiene come di fatto il legislatore possa ricorrere a strumenti normativi che potenzialmente predispongano una revisione *in peius* per il condannato. Nel nostro ordinamento, il legislatore del codice del 1988, in armonia con il previgente codice del 1930, ha delineato esclusivamente l'ipotesi della revisione *pro reo*, in termini generali, ai sensi dell'art. 629 c.p.p., lasciando però delle vistose aperture, in specifici ambiti settoriali, alla revisione *in peius*. Come è noto, infatti, nel periodo immediatamente successivo alla caduta del regime fascista fu attuato un significativo intervento legislativo che sostanzialmente veniva a consentire la revisione anche di sentenze di proscioglimento irrevocabili: si trattava del d.lgs. lt. 27 luglio 1944, n. 159, il quale prescriveva che le sentenze emesse in vigenza delle disposizioni fasciste venissero giuridicamente dichiarate inesistenti. Successivamente, l'art. 10 della legge 29 maggio 1982, n. 304, in materia di misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale introdusse la possibilità di ricorrere *contra reum* per la rimozione di cause di non punibilità ovvero circostanze attenuanti concesse a soggetti resosi responsabili di delitti commessi per finalità eversive e di terrorismo, laddove fosse emerso che tale concessione era dipesa da false o reticenti dichiarazioni. L'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203, ripropose il medesimo modello in merito alla lotta contro la criminalità organizzata: trattasi, in generale, di scelte polico-criminali dettate da contingenze storiche legate a situazioni di eversione dell'ordinamento costituzionale ovvero a fenomeni connessi al terrorismo ovvero alla mafia. Si rileva, inoltre, che la revisione della pronuncia definitiva più che incidere sull'accertamento del fatto (revisione *in peius* sostanziale) decretava la decadenza dal trattamento sanzionatorio favorevole o benefici penitenziari, concessi in ragione di forme di collaborazione dell'imputato (revisione *in peius* processuale). Più dubbia, invece, la ricostruzione dogmatica della riforma, apportata all'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, con la legge 13 febbraio 2001, n. 45, per cui è prevista la revisione della sentenza, se nell'arco successivo al passaggio in giudicato, l'imputato commetta un altro delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza, purchè il delitto ivi previsto sia "indicativo della permanenza del soggetto nel circuito criminale". Secondo Callari, una simile costruzione normativa rappresenterebbe una rottura rispetto all'impostazione tradizionale e si ritiene come sia opportuna una presa di posizione, *de iure condendo*, da parte del legislatore sulla possibilità di introdurre o meno nel nostro ordinamento anche la revisione *in peius*. Cfr., *ex multis*, CALLARI, *La revisione*, cit., p. 362 ss.

²⁷⁸ Per le ragioni speculari indicate in merito alla riconduzione del giudicato ai principi costituzionali a cui si rimanda, *supra*, p. 67 ss.

normative in attuazione di valori e principi costituzionali: “L’istituto della revisione si pone nel sistema delle impugnazioni penali quale mezzo straordinario della difesa [...] preordinato alla riparazione degli errori giudiziari”, ed, inoltre, “risponde all’esigenza, di altissimo valore etico e sociale, di assicurare senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o estinta, la tutela dell’innocente, nell’ambito della più generale garanzia, di espresso valore costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità”²⁷⁹.

Oltre allo schema “ordinario” di revisione, di cui agli artt. 629 c.p.p. ss., occorre ricordare già in tale sede, come la Corte costituzionale sia intervenuta con la pronuncia – definita dalla dottrina “additiva di istituto” – del 7 aprile 2011, n. 113, ad aggiungere nelle maglie dell’art. 630 c.p.p. la previsione della “revisione europea”, il rimedio interno ritenuto dalla Corte più idoneo (rispetto agli altri, tra cui, art. 175 c.p.p. – nella versione *ante* riforma l. n. 67/2014 – e art. 625-*bis* c.p.p.) a consentire la riapertura del processo penale conclusosi con sentenza di condanna passata in giudicato, a seguito di violazioni di norme procedurali accertate con sentenza definitiva da parte della Corte di Strasburgo (in relazione al parametro convenzionale in punto di *fair trial ex* § 6 Cedu)²⁸⁰.

Ulteriore implementazione degli strumenti di impugnazione *post rem iudicatam* si è avuta con l’introduzione, per effetto della legge 6 marzo 2001, n. 128, del peculiare istituto del ricorso straordinario per correzione dell’errore di fatto *ex* art. 625-*bis* c.p.p., proponibile in ogni tempo dal condannato avverso i provvedimenti pronunciati dalla Corte di Cassazione²⁸¹. L’errore di fatto di cui all’art. 625-*bis* c.p.p. si verifica quando

²⁷⁹ Cfr. Corte cost., 5 marzo 1969, n. 28.

²⁸⁰ Per i riferimenti bibliografici e per ulteriori considerazioni più approfondite sul punto, si rimanda integralmente alle considerazioni esposte, *infra*, p. 129 ss.

²⁸¹ Come è noto, l’art. 625-*bis* c.p.p. sancisce che: “1. È ammessa, a favore del condannato, la richiesta per la correzione dell’errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di Cassazione. 2. La richiesta è proposta dal procuratore generale o dal condannato, con ricorso presentato alla Corte di Cassazione entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento. La presentazione del ricorso non sospende gli effetti del provvedimento, ma, nei casi di eccezionale gravità, la corte provvede, con ordinanza, alla sospensione. 3. L’errore materiale di cui al comma 1 può essere rilevato dalla Corte di Cassazione, d’ufficio, in ogni momento. 4. Quando la richiesta è proposta fuori dell’ipotesi prevista al comma 1 o, quando essa riguardi la correzione di un errore di fatto, fuori del termine previsto al comma 2, ovvero risulta manifestamente infondata, la corte, anche d’ufficio, ne dichiara con ordinanza l’inammissibilità; altrimenti procede in camera di consiglio, a norma dell’art. 127 e, se accoglie la richiesta, adotta i provvedimenti necessari per correggere l’errore. Trattasi, come già si è ricordato, di ipotesi non rimediabili con la procedura dell’errore materiale *ex* art. 130 c.p.p.: secondo una parte della dottrina, inoltre, l’inserimento di tale rimedio avrebbe comportato un’ulteriore “crisi” del dogma del giudicato, atteso che con l’esperibilità del ricorso è oggi possibile rivedere il *decisum* della

un fatto decisivo, escluso dagli atti del procedimento sia stato affermato o, viceversa, sia stato negato pur essendo stato incontestabilmente accertato dalle risultanze processuali²⁸².

Sempre nella dimensione impugnatoria, si possono ascrivere i rimedi dell'art. 175 c.p.p. (nella formulazione previgente)²⁸³ e del neointrodotta art. 625-ter c.p.p.²⁸⁴, in

Corte di Cassazione, con uno spostamento in avanti della formazione definitiva del giudicato. Per un approfondimento bibliografico, cfr. BARGIS, *Ricorso straordinario per cassazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Agg., Torino, 2004, p. 731 ss.; CAPONE, *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005, p. 197 ss.; ID., *Note critiche in tema di ricorso straordinario per errore di fatto*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2003, p. 226 ss. Sullo “snaturamento” o “applicazione atipica” dello strumento impugnatorio, a seguito della ormai nota vicenda Dorigo, cfr., *ex multis*, CAIANELLO, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 149 ss.

²⁸² Con tale rimedio, il legislatore ha voluto individuare all'interno della stessa disposizione due rimedi completamente diversi: se il ricorso straordinario per errore di fatto appartiene al *genus* delle impugnazioni, il ricorso per errore materiale è un rimedio correttivo azionabile contro errori ed omissioni individuabili dai toni della decisione, non incidenti però sul contenuto sostanziale dell'atto. Fortemente discussa in dottrina la legittimità dell'introduzione di un rimedio impugnatorio delle pronunce della Cassazione divenute irrevocabili: secondo una parte della dottrina, infatti, tale rimedio contrasterebbe con l'esigenza costituzionalmente rilevante dell'immodificabilità delle pronunce della Cassazione. Altra parte della dottrina ritiene come il contrasto non sussista (e, quindi, non si palesi alcun contrasto irriducibile con il giudicato), laddove la previsione dell'art. 111, co. 7 Cost. nel sancire il rimedio del ricorso per Cassazione per violazione di legge, quale rimedio minimo ed irrinunciabile per l'imputato, non ha sancito l'impugnabilità delle pronunce di ultimo grado definitive, ma si limiti a fissare una forma di garanzia per l'imputato, resa ulteriormente forte proprio con l'istituto dell'art. 625-bis c.p.p., ovverosia con la possibilità per l'imputato di impugnare anche le sentenze della Cassazione viziate. Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, II ed., 2005, p. 69 ss.; GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, (in diretto da), Uberty e Voena, *Trattato di procedura penale*, vol. XXIX.2, Milano, 2005, pp. 3-30.

²⁸³ Come è noto, l'art. 175 c.p.p., nella versione previgente alla riforma l. n. 67/2014, così come modificata – su reiterate sollecitazioni della giurisprudenza della Corte Edu – dal D.L. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. con modificazioni nella l. 22 aprile 2005, n. 60 con cui si consentiva all'imputato, ai sensi dell'art. 175, co. 2 c.p.p., nel caso in cui fosse stata pronunciata sentenza di condanna contumaciale o decreto penale di condanna di essere rimesso nei termini per impugnare il provvedimento emesso in sua assenza, laddove provasse di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento o del procedimento e non avesse volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione. La versione attualmente vigente, sancisce, invece, al secondo comma che: “2. L'imputato condannato con decreto penale, che non ha avuto tempestivamente effettiva conoscenza del provvedimento, è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre opposizione, salvo che vi abbia volontariamente rinunciato”, lasciando l'ipotesi della mancata tempestiva conoscenza dell'avvenuta emissione del decreto penale di condanna; viene espunta invece l'ipotesi della sentenza definitiva di condanna, in ragione dell'apposita introduzione del rimedio rescissorio dell'art. 625-ter c.p.p.

²⁸⁴ L'art. 625-ter c.p.p. in materia di rescissione del giudicato stabilisce che: “1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo. 2. La richiesta è presentata, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento. 3. Se accoglie la richiesta, la Corte di Cassazione revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2”. Sulle questioni problematiche dell'introduzione dell'art. 625-ter c.p.p. ed, in particolar modo, alle criticità espresse dalla dottrina in merito agli effetti intertemporali della norma, sino all'entrata in vigore della legge 11 agosto 2014, n. 118, cfr. BARGIS M., *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: un istituto da rimediare*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 1/2015, p. 1 ss. Unicamente per inciso, si segnala che

relazione alla problematica dei procedimenti penali svoltisi *in absentia* dell'imputato: come è noto, con la legge 28 aprile 2014, n. 27, il legislatore – sulla spinta delle pressanti sollecitazioni sovranazionali – è intervenuto nuovamente, dopo la riforma del 2005, con l'eliminazione, da un lato, dell'istituto della contumacia, in relazione al quale l'Italia era già stata più volte condannata dalla Corte Edu²⁸⁵, in ragione di difetti strutturali del previgente giudizio contumaciale, che risultava lesivo del fondamentale diritto dell'imputato a partecipare al processo a proprio carico e non garantiva ai condannati in contumacia un rimedio effettivo in grado di reintegrarli pienamente nel loro diritto di difesa e, con la previsione, dall'altro, della sospensione del procedimento contro gli irreperibili²⁸⁶.

Oltre alle tipiche ipotesi impugnatorie, nel corso degli ultimi decenni, si sono aggiunti ulteriori e diversi meccanismi di revoca del giudicato, che, unitamente ai mezzi

nel disegno di legge n. 2067 attualmente al vaglio della 2° Commissione Giustizia del Senato si prevedrebbe una revisione del rimedio rescissorio, con la rimodulazione della competenza a decidere della Corte d'appello e non più della Cassazione; modifica, peraltro, salutata con favore da parte della dottrina, anche in termini di riduzione delle tempistiche e del consequenziale recupero dell'effettività del rimedio. In dottrina, cfr. DI PAOLO, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: rimedio effettivo o meccanismo virtuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2015; DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*, *ivi*, 5 dicembre 2014; CONTI, *Il processo in absentia: le ricadute sul giudicato*. Relazione svolta all'incontro in ricordo dei Presidenti Torquato Gemelli e Giovanni Silvestri. Roma, 19 febbraio 2015, *ivi*, 2 marzo 2015.

²⁸⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, in relazione alla quale, si veda PITTARO, *Irreperibilità, latitanza e contumacia: una normativa da ripensare alla luce di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 713 ss.; UBERTIS, *Latitanza e contumacia secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1250 ss.; C. eur. dir. uomo, 12 giugno 2007, *Pittito c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*. Per i riferimenti bibliografici, cfr. BARTOLONI, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 36 ss.

²⁸⁶ Secondo il nuovo assetto normativo, di cui agli artt. 420-bis c.p.p. ss., sono previsti dei rimedi di natura preventiva (*id est*: la sospensione del procedimento, nei casi in cui l'imputato risulti irreperibile, ovvero, nei casi di effettiva conoscenza, la continuazione del procedimento in sua "assenza") e di natura, *lato sensu*, restitutoria, comportando, ove ciò risulti necessario la regressione del procedimento in primo grado e la riammissione dell'imputato nei diritti propri di tale fase procedimentale (*ex artt. 420-bis, 604 e 623 c.p.p.*), nonché l'inserimento di un ulteriore mezzo di impugnazione straordinaria, ai sensi dell'art. 625-ter c.p.p., esperibile nei confronti delle sentenze irrevocabili di condanna (o proscioglimento con cui sia stata applicata una misura di sicurezza), nei casi in cui si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo. Per un commento generale alla novella sul procedimento in *absentia*, cfr., *ex plurimis*, AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, (a cura di), Vigoni, Torino, 2014; AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e riforma del sistema sanzionatorio*, (a cura di), Conti, Marandola, Varrasso, Padova, 2014; QUATTROCOLO, *Il contumace cede le scene processuali all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 30 aprile 2014; PISTORELLI, *Così "scompare" il processo in contumacia*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 92 ss.

di impugnazione straordinaria, costituiscono oggi lo statuto normativo, complesso ed articolato, della *flessibilità* del giudicato penale.

Riepilogando, quindi, il fenomeno della recessività del giudicato, si afferma come una caratteristica tipica e connaturale del nostro ordinamento, in cui le ipotesi di “flessione” del giudicato sono molteplici. Tali rimedi “revocatori” possono essere distinti in due categorie, a secondo che essi abbiano incidenza sul merito della responsabilità penale (sull’*an*) ovvero mirino a provocare una modifica o un’integrazione della pena (*quantum* della responsabilità, lasciando immutato l’accertamento processuale).

Appartengono al primo gruppo le seguenti ipotesi: (a) revisione della sentenza di condanna, *ex artt.* 629 c.p.p. ss., nonché l’ipotesi “pretoria” introdotta dalla sent. n. 113/2011 dalla Corte costituzionale, in caso di “revisione europea”; (b) ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex art.* 625-*bis* c.p.p. e (c) rescissione del giudicato *ex art.* 625-*ter* c.p.p.; (d) *abolitio criminis*, *ex art.* 2, comma 2 c.p., in combinato disposto all’art. 673 c.p.p., sul piano processuale; (e) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, *ex art.* 30, co. 4 della legge 87/53; (f) (implicitamente) riparazione dell’errore giudiziario, *ex art.* 643 c.p.p.²⁸⁷.

Fanno parte del secondo gruppo le ipotesi di: (a) declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice, ma incidente sulla pena, *ex art.* 30, co. 4 della legge 87/1953 (secondo la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite Gatto); (b) art. 2, co. 3 c.p., in caso di successiva modifica relativa alla sanzione (da detentiva a pecuniaria); (c) conflitto pratico tra giudicati, risolvibile *ex art.* 669 c.p.p.; (d) questioni sul titolo esecutivo, *ex art.* 670 c.p.p.; (e) applicazione del concorso formale e reato continuato in esecuzione, *ex art.* 671 c.p.p.; (f) applicazione della sospensione condizionale della pena in esecuzione, *ex art.* 673 c.p.p.; (g) modifiche *in peius* sul trattamento sanzionatorio, in caso di revoca di benefici, quali, la sospensione condizionale della pena, *ex art.* 674 c.p.p.²⁸⁸.

²⁸⁷ Nella misura in cui si ammette una compensazione per le conseguenze subite dall’interessato in termini di privazione della libertà conseguenti da un errore giudiziario, accertato in sede di revisione, che, come si è visto, rappresenta la forma “revocatoria” per eccellenza del giudicato di condanna. Ai sensi del co. 1 dell’art. 643 c.p.p. si stabilisce che: “1. Chi è stato prosciolto in sede di revisione, se non ha dato causa per dolo o colpa grave (1) all’errore giudiziario, ha diritto a una riparazione commisurata alla durata dell’eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna”. Cfr. MANCA V., *Giudicato e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, nt. 12, p. 7.

²⁸⁸ Cfr. MANCA V., *Giudicato e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, cit., nt. 12, p. 7.

Se tale è il quadro di incidenza sul giudicato in esecuzione (in senso tecnico), ulteriormente complessa è l'articolazione dell'esecuzione della pena detentiva in sede di sorveglianza.

Con riguardo all'esecuzione penitenziaria, infatti, la fisionomia del giudicato non solo assume una "configurazione minore" ed è, quindi, espressione "di rango inferiore" rispetto al giudicato a contenuto accertativo incidente sull'*an* della responsabilità penale, ma rimanda necessariamente anche a "*qualcosa di qualitativamente diverso*"²⁸⁹: nel procedimento per l'applicazione della misura alternativa non si ha come riferimento un fatto preciso e delimitato dall'accertamento processuale, ma una "realtà *in fieri*"²⁹⁰. Significativa di tale connotato è, infatti, la regola processuale, di cui all'art. 666, co. 2 c.p.p. (*id est*: "2. Se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi [...]"), per cui in esecuzione è possibile reiterare la medesima domanda, laddove siano mutati gli elementi di valutazione che ne avevano in precedenza decretato il diniego.

Il giudicato, quindi, non si formerebbe sul contenuto dell'ordinanza dispositiva della misura alternativa, quanto piuttosto sul provvedimento: solo in relazione al provvedimento può aversi infatti il requisito dell'irrevocabilità, atteso che "la revocabilità del provvedimento non va confusa con la revocabilità *in itinere* dei suoi effetti, cioè con la misura applicata"²⁹¹. La dottrina esemplificando tale assunto precisa che «l'ordinanza di concessione della semilibertà, dopo l'inutile decorso del termine per impugnarla, è da considerare irrevocabile, mentre l'applicazione del regime di semilibertà rimane condizionata al perdurare dell'idoneità del trattamento, per cui il venir meno di questa comporta la revoca del beneficio»²⁹². Irrevocabile sarebbe, quindi, il provvedimento, mentre la misura sempre revocabile.

Si può, quindi, concludere che l'ordinanza irrevocabile nel procedimento di sorveglianza acquista autorità di cosa giudicata, ancorché i suoi effetti siano destinati a

²⁸⁹ Cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 435.

²⁹⁰ "Realtà *in fieri*", ovvero il rapporto esecutivo, con riguardo al quale si necessita una perdurante verifica del permanere della misura alternativa rispetto "al profilo evolutivo e la significatività a fini rieducativi". Sul punto, cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 437.

²⁹¹ Cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 436.

²⁹² Cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 438.

perdurare nel tempo nel corso dell'esecuzione, fintantoché perdurino le condizioni di fatto per cui è stata emessa l'ordinanza: si tratterebbe, quindi, di un *giudicato rebus sic stantibus*, secondo la nozione elaborata dalla dottrina processual-civilistica²⁹³.

Anche nel procedimento di sorveglianza, di regola, la decisione si riferisce “a rapporti con svolgimento continuativo” ed il mutamento della situazione di fatto “rende possibile l’emanazione di una nuova decisione adatta alle nuove circostanze”: ciò non significa «ammettere il potere dell’organo giurisdizionale “di sostituirsi all’autorità della propria pronuncia ma solo la capacità di far aderire al rapporto materiale provvedimenti che sono e restano tendenzialmente irrevocabili»²⁹⁴.

L’autorità del giudicato si riferisce dunque alla situazione di fatto esistente al momento della decisione ed è superata da posteriori fatti estintivi o costitutivi²⁹⁵.

Tentando di sintetizzare tutte le modalità di incidenza sulla pena sia nella fase esecutiva in senso tecnico (inerente, quindi, la validità e/o la legittimità del titolo esecutivo) e la giurisdizione c.d. “rieducativa”, è evidente come già di per sé, sulla base dell’articolazione normativa prevista dal legislatore del codice di rito dell’88 e delle successive riforme della legge sull’ordinamento penitenziario (*id est*: leggi Gozzini e n. 663/1986 e Simeone n. 165/1998), il giudicato si presti *fisiologicamente* ad assumere una connotazione “aperta” e funzionale all’esecuzione della pena: la fenomenologia del giudicato sulla pena si presenta costantemente permeabile alle esigenze “rieducative” ed alle sopravvenienze normative incidenti sul titolo esecutivo, in ragione del fatto che il momento punitivo non si concretizza in un unico istante, ma si protrae nel tempo, all’interno di un rapporto continuativo (tra detenuto-Stato) che deve essere necessariamente ricondotto sotto l’alveo delle garanzie giurisdizionali, proprio per “l’oggetto” peculiare che viene sottoposto ad esecuzione, la pena e, quindi, la privazione della libertà personale del detenuto.

²⁹³ Cfr. CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 4 ss.; riflessioni riprese in ambito anche da MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., p. 405 ss., nonché PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., p. 838.

²⁹⁴ Cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 440.

²⁹⁵ Ulteriore peculiarità dei provvedimenti della magistratura di sorveglianza consiste nell’evidente scissione che sussiste tra il binomio irrevocabilità ed esecutività: l’ordinanza conclusiva del procedimento di sorveglianza infatti non necessita del passaggio in giudicato per divenire esecutiva; il provvedimento di revoca è inoltre immediatamente esecutivo, mentre l’ordinanza del concessione necessita altresì del consenso necessario dell’interessato. Cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit. p. 443.

La dicotomia tra *giudicato sulla pena*, per definizione “aperto” e plasmabile dal giudice dell’esecuzione, in senso lato inteso, e *il giudicato sull’accertamento*, individuabile nel dispositivo della sentenza di condanna, cristallizzatosi per effetto del passaggio in giudicato (formale) è quanto mai chiara e ben delineata: da una parte, infatti, si colloca il contenuto accertativo della responsabilità penale, *tendenzialmente* non modificabile, ad eccezione delle limitate e tassative ipotesi di revisione processuale (anche di tipo europea) ovvero rescissorie, *ex art. 625-ter c.p.p.* o ancora impugnatorie (straordinarie) nei confronti delle pronunce della Cassazione per errore sul fatto, *ex art. 625-bis c.p.p.*; dall’altra, il trattamento sanzionatorio, rispetto alla determinazione del dispositivo di condanna e del suo passaggio in giudicato, si tramuta in un rapporto continuativo o di durata i cui effetti si protraggono nel tempo, ad una distanza spesso anche notevole rispetto al momento originario dell’emanazione della condanna (e, quindi, della cristallizzazione della responsabilità penale dell’imputato).

Già negli anni ‘80, la dottrina proponeva tale acuta distinzione, *giudicato sull’accertamento e giudicato sulla pena*²⁹⁶; ripresa oggi dalla dottrina per giustificare l’intervento del giudice dell’esecuzione sulla pena *post rem iudicatam* rispetto ad ipotesi non tassativamente previste dal codice di rito e attinenti, più che al rapporto interno tra giudicato e pena, all’incidenza di fonti esterne (sovrnazionali) rispetto al sistema interno e, di conseguenza, rispetto alle ricadute che tali fenomeni producono sull’esecuzione della pena²⁹⁷.

²⁹⁶ Cfr., *ex multis*, CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 18 ss.; ID., *L’esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 290 ss. Per un’analisi critica dell’esecuzione penale, cfr. BELLAVISTA-TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1980, p. 919 ss.; BRICOLA, *La giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 265 ss.; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, Padova, 1929; CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955; PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 1381 ss.; CONTI, *Esecuzione penale*, in *Riv. dir. penit.*, 1932, p. 9 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma, 1949; SANTORO, *Fondamenti dell’esecuzione penale*, Milano, 1931.

²⁹⁷ Si veda il capitolo immediatamente seguente. Se, quindi, si concepisce l’esecuzione della pena come un rapporto di durata che si instaura e svolge in un momento logico/normativo e temporale diverso rispetto all’intervenuta irrevocabilità sull’accertamento processuale, risulta gioco forza ritenere che l’esecuzione della pena non sia coperta dal giudicato sull’accertamento, ma da un diverso e meno intenso giudicato, che – seppur nei limiti tassativamente indicati dalla legge – consenta al giudice dell’esecuzione di monitorare costantemente il rapporto esecutivo in divenire, rimuovendo forme di antinomie e di sopravvenienze normative, applicando se del caso la soluzione che meglio consenta la rimodulazione (ovvero l’interruzione) dell’esecuzione penale, in ragione dell’intervenuta regolamentazione della pena, *post rem iudicatam*: ne segue quindi una visione del giudicato nuova rispetto all’impostazione tradizionale, in cui l’intangibilità viene ad essere individuata (e ristretta) nel concetto di irrevocabilità – in termini di non ripetibilità del giudizio conclusosi – tendenzialmente intangibile per l’accertamento processuale nel merito, fisiologicamente tangibile per la pena.

La permeabilità della pena è quindi giustificata da una sua pregnante e diretta riconducibilità ai principi costituzionali di cui all'art. 3, 25, co. 2, 27, co. 3 e 111 Cost. che consentono sul piano del bilanciamento con altri interessi di pari rango a prevalere, atteso che “il *giudicato sulla pena* è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché *in bonam partem*”, in quanto esprime “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”²⁹⁸.

Se si afferma, inoltre, che il giudicato non ha un'espressa e diretta copertura costituzionale, ma – come è stato correttamente ribadito dalla Corte costituzionale con sent. n. 115/87²⁹⁹ – esplica un ruolo funzionale a garantire l'attuazione di altri principi costituzionali, quali, *in primis*, la certezza giuridica nella dimensione collettiva ed il principio di presunzione di non colpevolezza nella dimensione individuale, il giudicato finisce per essere un istituto meramente politico/normativo, quale mezzo processuale più idoneo a mantenere gli *standard* costituzionali: la sua funzionalità di sistema, logica e formale, dell'assetto processuale non può però entrare in collisione con la dimensione costituzionale della pena, la quale, ai sensi degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost. deve sempre soggiacere alla sfera di copertura del principio di legalità e tendere alla rieducazione del reo³⁰⁰.

Il *punctum dolens* della questione si sposta, quindi, dall'*intangibilità* del giudicato alla *flessibilizzazione* della pena e all'individuazione di uno statuto applicativo costituzionalmente conforme (con aperture verso la dimensione europea) del momento punitivo in concreto: partendo le mosse da una visione del giudicato come attuazione

²⁹⁸ Cfr. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, cit., pp. 12-13. Se il giudicato sulla pena è la concretizzazione del comando punitivo astratto calato sul caso concreto, nella dimensione individuale l'interesse collettivo di mantenere la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici scema rispetto alla contraria e prevalente esigenza di garantire al singolo detenuto un'esecuzione della pena conforme ai canoni costituzionali, di legalità, proporzione, uguaglianza e colpevolezza.

²⁹⁹ Cfr. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, cit., pp. 12-13.

³⁰⁰ Sostenere, quindi, l'intangibilità del giudicato *tout court*, comporterebbe l'adesione ad una nozione di pena, immutabile, intangibile con un evidente, quanto incostituzionale, *revirement* di istanze retribuzionistiche: se tale era l'assetto tipizzato dal codice di rito Rocco, l'avvento della Costituzione, nonché progressivamente delle Carte europee, ha portato ad un affinamento della sensibilità giuridica verso esigenze di personalizzazione e di individualizzazione del comando punitivo in una prospettiva di massima valorizzazione del portato costituzionale di cui all'art. 27, co. 3 Cost.

del comando punitivo astratto in concreto, è evidente che nella dimensione individuale della pena, gli interessi collettivi ed astratti di certezza del diritto debbano cedere il passo all'esigenza preminente di garantire un'esecuzione della pena conforme ai canoni costituzionali di legalità, proporzione e colpevolezza; in altri termini, ad una pena che tenda alla personalizzazione e responsabilizzazione del detenuto, ai sensi, *in primis*, dell'art. 27, co. 3 Cost.³⁰¹ .

³⁰¹ E non solo. Per la dimensione sovranazionale, si rimanda alle pagine immediatamente a seguire, cfr., *infra*, p. 130 ss.

III.
IL GIUDICATO “APERTO” SULLA PENA
NELLA PROSPETTIVA
DELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI

[...] gli scopi di utilità sociale, che soli
legittimano la pena in una democrazia
moderna, devono prevenire
la criminalità, ridurre la recidiva.
E sono tutti scopi fallimentari:
la pena non ha mai mostrato di poter
perseguire questi scopi,
serve invece a creare distanza sociale,
a verticalizzare i rapporti.
È la “Gazzetta” della moralità media,
serve a riaffermare i valori
dei consociati: sono queste
le funzioni materiali della penalità.

[PAVARINI, Intervista “Liberarci dal
carcere?”, 3 maggio 2012]

SOMMARIO: SEZIONE I – IL GIUDICE NEL RETICOLO DELLE FONTI: 3.1. *Multilevel constitutionalism*: dalla Costituzione al sistema reticolare delle fonti. – 3.1.1. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo: la dimensione “paracostituzionale” del sistema Cedu. – 3.1.2. La reazione della Corte costituzionale: dalle sentenze gemelle (348/2007, 349/2007) alla sentenza n. 49/2015. – 3.1.3. I diritti umani nella cornice dell’Unione europea: la Carta di Nizza. – 3.1.4. L’adesione dell’Unione europea al sistema convenzionale. – 3.1.5. Verso “l’uropeizzazione” dei diritti umani o dei contro limiti? – 3.2. *Vademecum* per l’interprete: il *modus operandi* del giudice. – 3.3. *Focus* sull’interpretazione conforme. – SEZIONE II – IL GIUDICATO E L’UNIONE EUROPEA: 3.4. I *case law* della Corte di Giustizia dell’Unione europea: dal caso *Berlusconi* a *El Dridi*. – 3.4.1. (*Segue*) Soluzioni interpretative: la tenuta del giudicato. – 3.4.2. Le vicende successive: dal caso *Sagor* al *case law Celaj*. – SEZIONE III – IL GIUDICATO E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO: 3.5. Giudicato e giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3.6. Le ricadute sul processo: dal caso *Somogyi* al *case law Dorigo*. – 3.6.1. (*Segue*) Il caso *Drassich*. – 3.6.2. La “revisione europea” e soluzioni *de iure condendo*. – 3.6.3. Prospettive comparate. – 3.7. L’incidenza del principio di legalità convenzionale sulla pena: il caso *Scoppola*. – 3.7.1. (*Segue*) La vicenda processuale. – 3.7.2. (*Segue*) La pronuncia della Corte europea. – 3.7.3. (*Segue*) L’esecuzione della sentenza *Scoppola* ad opera Corti interne. – 3.7.4. (*Segue*) Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale *post Scoppola*. – 3.8. I “figli di un dio minore”: la pronuncia delle Sezioni Unite nel caso *Ercolano*. – 3.9. Il caso *Contrada*: potenziali risvolti applicativi. – 3.10. Soluzioni comparate: dal *case law Del Rio Prada*, alla *Sicherungsverwahrung* tedesca. – 3.11. Proposta di soluzione alternativa. – SEZIONE IV – IL GIUDICATO E LA PENA “ILLEGALE”: 3.12. La declaratoria di illegittimità costituzionale e la successione di leggi penali nel tempo. – 3.13. La dichiarazione di illegittimità di una norma non incriminatrice. – 3.14. *Focus* sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014 in materia di stupefacenti. – 3.14.1. Ricadute sul sistema: il punto di vista della giurisprudenza di merito. – 3.14.2. Le

Sezioni Unite nel procedimento Gatto. – 3.14.3. L’evoluzione giurisprudenziale successiva. – 3.14.4. Quale soluzione percorribile? – SEZIONE V – IL GIUDICATO AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: 3.15. Stato dell’arte sull’incidenza del mutamento favorevole sul giudicato. – 3.15.1. L’applicabilità dell’art. 673 c.p.p.: in quali margini? – 3.15.2. Le posizioni avanguardistiche della dottrina: per un’efficacia “tendenzialmente” vincolante del precedente.

Sezione I

Il giudice nel reticolo delle fonti

3.1. *Multilevel constitutionalism*: dalla Costituzione al sistema reticolare delle fonti.

Esaminando l’assetto normativo europeo, emerge ormai chiaramente da decenni come la regolamentazione dei diritti umani non sia più, o forse, non sia mai stata, appannaggio esclusivo delle Carte costituzionali: lo scenario europeo si caratterizza, infatti, per essere costituito da un sistema plurimo di fonti, precipitato della globalizzazione giuridica e della complessità della società postmoderna, paragonabile – secondo la celebre metafora ripresa anche da Manes – ad una rete o, in altri termini, ad un *network* bipolare³⁰², in cui le diverse fonti europee interagiscono con le fonti nazionali. In un simile contesto, secondo Kostoris “coesistono, si intrecciano e interferiscono dinamicamente sullo stesso oggetto (diritti umani) norme e istituzioni che appartengono a ordinamenti diversi”³⁰³.

Un assetto di fonti ben lontano dal tradizionale modello piramidale gerarchico di matrice kelseniana, per cui integra la nozione di diritto unicamente la fonte di emanazione parlamentare e in cui la giurisprudenza riveste un ruolo meccanicamente applicativo del comando legislativo: “In effetti, le gerarchie tradizionali appaiono sconnesse, sovvertite se non definitivamente congedate, comunque alterate da una produzione policentrica e reticolare, appunto, che ormai costringe l’interprete – il giurista teorico o pratico, il giudice come l’avvocato – ad una costante opera di ricostruzione, mediazione, persino individuazione del corretto gradino gerarchico e del

³⁰² Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 20.

³⁰³ Cfr. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 60.

grado di forza vincolante della fonte, o del rapporto di prevalenza tra diverse fonti confliggenti”³⁰⁴.

Due sono, quindi, le costanti del sistema di fonti del diritto nella cornice europea: (a) *il pluralismo e policentrismo giuridico* e (b) *l’accentuato ruolo del formante giurisprudenziale*. È evidente, infatti, che “un tale intreccio di ordinamenti diversi genera inevitabilmente il sorgere di antinomie e contrasti. Manca però un centro ordinante e gerarchizzante, proprio di un sistema monistico, in grado di risolverli secondo i criteri tradizionali”. Nel sistema a rete non si potrebbe ragionare in termini di *reductio ad unum*: “le incoerenze non sono risolubili, ma, tuttavia, aggirabili; si può gestirle facendo coesistere il molteplice, secondo una logica inclusiva, dando vita a quello che è stato definito “un pluralismo ordinato”, attraverso soluzioni bilanciate a carattere teleologico anziché assiologico”³⁰⁵.

La funzione ordinante sarebbe attribuita – nella visione moderna dell’assetto giuridico europeo – al modello di giurista “tessitore” (di relazioni)³⁰⁶, ovvero da un giudice – per lungo tempo prigioniero della veste e della funzione di “macchina per sillogismi” utopizzata dall’illuminismo giuridico ad un giudice *bricoleur*³⁰⁷, in grado di “eseguire un gran numero di compiti differenziati”, il quale, “diversamente dall’ingegnere non li subordina al possesso di materie prime e arnesi, concepiti e procurati espressamente per la realizzazione del suo progetto”³⁰⁸, ma li individua esso stesso, di volta in volta, all’interno del *multivel system of protection of human rights*, plasmando le norme per adattare al caso concreto: il protagonismo giurisprudenziale emerge in tutta la sua evidenza nel delineare lo stesso assetto europeo, i cui fili sono sempre più tramati ed intrecciati non tanto dal potere legislativo, quanto dalle Corti, le quali – nella dinamica del *judicial dialogue* – animano il dibattito/scontro circa la tenuta e le implicazioni future dei rapporti tra le diverse fonti europee in materia di diritti umani³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁰⁵ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁰⁶ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁰⁷ Cfr. LEVI STRAUSS, *Il pensiero selvaggio*, 1966, p. 30 ss., cit. in MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 22.

³⁰⁸ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁰⁹ Cfr. *ex plurimis*, VOGLIOTTI, *La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénale*, in *Rev. inter. etud. jur.*, 2001, p. 141 ss.; ID., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 741 ss.; BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza*

Il policentrismo giuridico europeo può essere definito come sistema di tutela multilivello, espressione idonea ad indicare “il complesso di istituti di varia matrice, normativa e giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le varie competenze e relazioni tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali davanti alle quali è possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali”³¹⁰. Innumerevoli sono le declinazioni definitorie del *multivel system of protection of human rights*³¹¹.

Secondo il *costituzionalismo multilivello*, l’equilibrio del sistema sarebbe dato, quindi, dal meccanismo di sussidiarietà o di “tutela progressiva dei diritti”, fondato sull’individuazione delle “soglie minime” proprie di ciascun ordinamento, in base al quale “la competenza di ciascun ordinamento sorge soltanto se l’altro o gli altri livelli scendono al di sotto di quella soglia. Se invece rimangono al di sopra, allora non conta più (o conta relativamente poco) quale giudice si attivi per la loro tutela: ciò che a ciascun garante importa, alla fine, è che di quel diritto sia assicurata nello specifico una protezione equivalente”³¹².

3.1.1. *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo: la dimensione “paracostituzionale” del sistema Cedu.*

Secondo Lamarque, le “istruzioni d’uso” della Cedu sono molteplici³¹³.

penale, Torino, 2004, p. 54; DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.

³¹⁰ Cfr. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 79.

³¹¹ Si prediligono, tuttavia, le enunciazioni che riescono a fornire un quadro complessivo non solo dei molteplici livelli normativi sul piano dei trattati e delle Carte, ma che rendono anche, in un’unica visione, il formante giurisprudenziale, come parte integrante e co-protagonista della costruzione del sistema stesso, la componente più innovativa, i cui risvolti applicativi stanno mutando la genetica del tessuto normativo europeo verso scenari sempre più imprevedibili. Secondo Zagrebelsky, infatti, è possibile che «un diritto privato europeo possa strutturarsi ed essere pensato come *sistema* operante su più livelli di efficacia, sia nazionale che sovra-nazionale, statale ed extrastatale: dove regole e principi di diritto interno sono affiancati, appunto, da regole e principi comuni a tutti gli ordinamenti”, a valenza, quindi, di “diritto europeo”, inteso quale prodotto, oltre che dei parlamenti nazionali, soprattutto, “dell’interpretazione giudiziale e dottrinale dei singoli ordinamenti, secondo tecniche di apertura al sistema delle fonti di comparazione già note al diritto comune europeo dei secoli passati». Cfr. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 2/2006, p. 310. In senso analogo, MOCCIA L., *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, p. 1020.

³¹² Cfr. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1652.

³¹³ Cfr. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Istruzioni d’uso*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, cit., p. 183 ss.

Le prospettive di osservazione da cui delineare la trattazione preliminare della Convenzione ruotano attorno a tre fondamentali profili: (a) come già argomentato in diversi punti, la Cedu è, in primo luogo, una Carta di diritti, una *Bill of rights* di matrice internazionale; (b) la Convenzione è, in secondo luogo, un vincolo internazionale dello Stato eseguito con legge (la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione, *ex* legge 4 agosto 1955, n. 848, a cui si aggiungono le successive leggi riguardo i protocolli aggiuntivi); (c) essa è, inoltre, un vincolo internazionale “del tutto singolare, unico nel suo genere”, perché dotato di un organismo giurisdizionale, la Corte Edu, competente a decidere di ogni questione inerente l’applicazione e l’interpretazione delle disposizioni convenzionali, sia per il tramite del ricorso interstatale (di cui non si segnalano, peraltro, significative applicazioni, *ex* art. 33 Cedu) sia per la via del ricorso individuale, vera pietra miliare del sistema Cedu, ai sensi dell’art. 35 Cedu, oltre che di un organo di controllo – rappresentato dall’opera congiunta del Comitato dei ministri e dalla Corte stessa – dell’esecuzione delle pronunce della Corte da parte degli Stati membri, nella fase discendente ai sensi dell’art. 46 Cedu.

Con riguardo al primo profilo, si nota come le caratteristiche tipiche del trattato internazionale in materia dei diritti umani (*id est*: aspirazione universalistica e portata giustanaturalistica, seppur nell’accezione postmoderna) accedono alla Costituzione e permeano, quindi, il tessuto costituzionale, in primo luogo, grazie alla “porta” di accesso dell’art. 2 Cost., in virtù del quale “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”.

Sulla possibilità di un surrettizio riconoscimento giusnaturalistico della tutela dei diritti fondamentali, la dottrina costituzionalistica è alquanto restia, fedele – per così dire – all’impostazione concettuale del positivismo giuridico³¹⁴. Secondo un’altra parte

³¹⁴ Cfr. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 1083: “[...] A noi non spetta di difendere il giusnaturalismo che è un fatto storico del passato da comprendere nella sua grandezza come nei suoi limiti; il nostro compito, forse, è quello di cominciare ad inventare, in accordo con i tempi, una nuova cultura giuridica – dove per cultura intendiamo qualcosa di più dei libri dei filosofi del diritto – se vogliamo venire incontro ai problemi della democrazia della seconda metà del secolo ventesimo”. In senso analogo, cfr. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Milano, 1952, spec. l’appendice “La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico”. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, 1973, p. 93; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, p. 26 ss.; MACCORMICK, *Law, Morality and Positivism*, (1982), in Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, pp. 128-129; GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, pp. 72-73; VILLA, *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo*, in Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, pp. 155-189.

della dottrina, invece, maggiormente più orientata all'incorporazione dei trattati internazionali negli *standard* di tutela costituzionali, afferma come “attraverso la porta dell'art. 2 Cost. le carte internazionali dei diritti vengono di fatto ad agire al livello delle norme costituzionali, perché servono come strumenti interpretativi, o meglio, integrativi della Costituzione, e di conseguenza arricchiscono in vario modo il pacchetto delle garanzie individuali già previsto nella Carta costituzionale”³¹⁵.

La portata integrativa della Convenzione rispetto ai parametri di legittimità costituzionale, per la via d'accesso dell'art. 2 Cost., era già stata acclamata da parte della Corte costituzionale nella pronuncia n. 388/1999, in cui si afferma come i diritti convenzionali “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”³¹⁶ con il catalogo costituzionale³¹⁷.

Come è noto, l'opposizione ferrea della Corte costituzionale, in seno alle sentenze c.d. “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, diretta alla negazione di qualsiasi riconduzione della portata della Convenzione alle norme testè citate, si rinviene nell'art. 10 Cost., in relazione alla natura di norme pattizie della Cedu e, non di tipo consuetudinario, così come richiesto dalla disposizione³¹⁸ e sull'art. 11 Cost. in relazione al requisito di ordinamento sovranazionale idoneo ad incidere sulla sovranità statale, di cui sarebbe stato privo il sistema Cedu. Il parametro costituzionale di riferimento per la Cedu è costituito, invece, per la Corte costituzionale unicamente

³¹⁵ Il ricorso al parametro dell'art. 2 Cost., così come integrato per effetto dell'ingresso della fonte convenzionale, è stato operato da parte della Corte costituzionale, a più riprese, ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale delle normative interne: basta pensare, a titolo esemplificativo, alla sentenza n. 245/2011, in cui la Corte dichiarò incostituzionale la norma del pacchetto sicurezza del 2009, che vietava agli stranieri, irregolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato italiano, di procedere alle pubblicazioni matrimoniali, in ragione dell'inviolabilità riconosciuta al diritto di contrarre matrimonio, non solo per effetto del parametro costituzionale dell'art. 2 Cost., ma anche in virtù delle garanzie apprestate dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Da non sottovalutare l'accesso degli *standard* convenzionali per effetto di altre norme costituzionali, come, *in primis*, l'art. 10, nella misura in cui si sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento giuridico in forza delle norme consuetudinarie di diritto internazionale ed, *in secundis*, l'art. 11, nella parte in cui si riconoscono forme di limitazioni alla sovranità statale, necessarie al mantenimento della pace e della giustizia tra gli Stati.

³¹⁶ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1999, n. 388, cit. in LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni d'uso*, cit., p. 185.

³¹⁷ Cfr. Corte cost., 20 luglio 2011, n. 245, cit. in LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni d'uso*, cit., p. 185.

³¹⁸ La Corte costituzionale nega l'accesso alla Convenzione per il tramite dell'art. 10 Cost., in ragione della natura pattizia delle norme convenzionali e, non quindi, di tipo consuetudinario. Anche se un nucleo diritti, quali, in *primis*, il diritto alla vita, il divieto di pena di morte o di tortura possono considerarsi principi e valori condivisi dalla comunità europea, la Corte non ritiene che essi possano comunque assurgere a regole consuetudinarie, conservando la propria origine in una norma pattizia di diritto internazionale.

dall'art. 117, co. 1 Cost., così come modificato per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione, varata con legge costituzionale n. 3/2001, nella parte in cui si vincola la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, altresì, gli obblighi internazionali. Le celebri sentenze costituzionali si collocano nel più ampio dibattito circa la natura del rango delle disposizioni convenzionali, la cui efficacia discende, per l'ordinamento italiano, in virtù della legge di ratifica del trattato internazionale e, con essa, vengono equiparate alla legge ordinaria³¹⁹.

I punti di forza delle sentenze c.d. "gemelle" risiedono nel fatto di aver riconosciuto uno *status* peculiare alla legge di ratifica della Convenzione, in ragione della quale la legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché le successive inerenti i protocolli addizionali non possano essere oggetto di modifica e/o abrogazione da parte di leggi ordinarie successive, se non ad opera di una scelta parlamentare, in virtù di una maggioranza qualificata. Per tale via, la Corte costituzionale eleva la Cedu a *norma interposta* all'art. 117, co. 1 Cost. nel giudizio di illegittimità costituzionale, unitamente agli altri parametri costituzionali, estendendo, altresì, tale riconoscimento non solo delle norme pattizie, ma anche dell'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte di Strasburgo.

Gli elementi critici della posizione della Corte costituzionale sono rappresentati dalla sua opposizione, pervicacemente sostenuta anche in pronunce successive, all'affermazione di un'efficacia diretta della Convenzione, al pari delle norme comunitarie, motivata dalle implicazioni che tale apertura avrebbe comportato in termini di disapplicazione della norma interna incompatibile con la Convenzione, ad opera del giudice ordinario, in attuazione di un sindacato di legittimità costituzionale diffuso, e non più, quindi, ad appannaggio esclusivo della Corte stessa³²⁰.

³¹⁹ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Riv. dir. it.*, 2008, con commenti di GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. it.*, 2008, p. 136 ss.; CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, ivi, p. 138 ss.; PADELLETTI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, ivi, p. 143 ss.; SACCUCCI, *Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni*, ivi, p. 156 ss.; LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, *La Consulta Online*.

³²⁰ Cfr. RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it, p. 4.

Le motivazioni addotte a sostegno dell'impostazione restrittiva della Corte si presentano alquanto contraddittorie: (a) l'affermazione per cui il sistema Cedu non possa essere considerato un ordinamento sovranazionale viene smentito nella pronuncia n. 349/2007, (al punto 6.1 del cons. in dir.) nella parte cui la Corte definisce il circuito convenzionale come *ordinamento giuridico*, prendendo atto di una complessità istituzionale presente anche in seno al Consiglio d'Europa; (b) la statuizione circa l'inidoneità della Cedu ad incidere sulla sovranità risulta poco lineare, atteso che, ai sensi dell'art. 46 Cedu, l'ordinamento italiano è tenuto ad eseguire le pronunce della Corte Edu e, allo stato attuale, sono innumerevoli le ricadute applicative della giurisprudenza sovranazionale rispetto all'assetto normativo interno³²¹.

Se l'impostazione della Corte costituzionale si presenta un punto fermo per la ricostruzione *formale-astratta* delle fonti del diritto ex art. 117, co. 1 Cost., non si presta altrettanto ad essere condivisa sul piano *assiologico-valoriale*, atteso che il sistema convenzionale rappresenta un veicolo di circolazione di principi e valori fondamentali che permeano la Costituzione e mutano in principi costituzionali per il tramite sia della c.d. *coppia assiologica-valoriale* di cui agli artt. 2 e 3 Cost. sia per la via dell'art. 11 Cost.³²².

³²¹ L'incidenza della giurisprudenza sovranazionale si percepisce maggiormente ad un'analisi dell'evoluzione dell'approccio della Corte di Strasburgo diretta alla limitazione della discrezionalità statuale nella scelta dei mezzi di eliminazione della violazione acclarata in sede convenzionale: da una prima fase, in cui le pronunce della Corte si limitavano, in ossequio all'art. 41 Cedu, ad accertare la violazione delle disposizioni convenzionali, predisponendo, se del caso, limitatamente un equo indennizzo al ricorrente, il *modus operandi* della Corte si è esteso fino ad individuare le misure individuali, a cui lo Stato debba attenersi in esecuzione dell'obbligo discendente dall'art. 46 Cedu. Non solo. A partire dalle Risoluzioni del 2004, il Comitato dei Ministri ha sollecitato la Corte ad adottare la procedura della sentenza pilota, inaugurata nel caso *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004, successivamente adottata in numerose occasioni, tra cui, nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*, in cui, oltre alla risoluzione del caso concreto, si indicano allo Stato le misure generali da adottare in caso di acclamate violazioni strutturali del sistema nazionale. La portata applicativa dell'art. 46 Cedu si è estesa fino a ricomprendervi anche l'indicazione di veri obblighi di incriminazioni in capo agli Stati membri, come nel caso *Cestaro c. Italia*, in cui la Corte Edu ha imposto allo Stato italiano di adeguare il proprio ordinamento, con l'introduzione del reato di tortura, in conformità allo standard di tutela convenzionale sancito ai sensi dell'art. 3 Cedu. Margine di apprezzamento ulteriormente ridotto anche in fase di interpretazione delle disposizioni convenzionali, ad opera del Protocollo n. 16, per cui, una volta entrato in vigore, si prevede un meccanismo preventivo di interpello alla Corte Edu da parte delle Corti nazionali in materia di principi generali, il cui impiego risulta rilevante ai fini della decisione del caso concreto. Un'*advisory opinion*, di tipo consultivo, per certi versi paragonabile al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, che eleggerà definitivamente la Corte Edu da "giudice del caso concreto" a "giudice delle leggi".

³²² Cfr. RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, cit., p. 4.

3.1.2. *La reazione della Corte costituzionale: dalle sentenze gemelle (348/2007, 349/2007) alla sentenza n. 49/2015.*

A partire, quindi, dalle sentenze c.d. “gemelle” la Corte costituzionale ricostruisce il rapporto con la Convenzione in ragione di un « significato “normativo” », nel senso di riconoscere alle disposizioni convenzionali il valore di *norme interposte* nel giudizio di costituzionalità della legge ordinaria, purchè non risultino esse stesse in contrasto con la Costituzione, relegandole, di conseguenza, a rango *sub-costituzionale*³²³.

Successivamente, la Consulta ha, tuttavia, rielaborato la propria prospettiva in direzione ulteriormente restrittiva verso possibili aperture dell’ordinamento costituzionale: con la sentenza n. 3 novembre 2009, n. 311, i giudici costituzionali aggiungono il contro limite del *maximum standard*, nella misura in cui, per poter assurgere a parametro di legittimità costituzionale, la Cedu deve tradursi in un *plus* di tutela rispetto agli *standard* assicurati dalle norme costituzionali³²⁴.

Con la pronuncia in esame, si rafforza ulteriormente il contro-limite del *maximum standard*, non essendo più sufficiente che «una libertà fondamentale sia riconosciuta e garantita anche da noi, e non basta più neppure che la tutela convenzionale di quella libertà sia più ampia di quella domestica; nel verificare la congruenza-compatibilità fra “noi” e “loro”, infatti, occorre sempre e comunque ponderare quell’*input* “amplificante” con eventuali contro-diritti di pari o maggior rango»³²⁵. Secondo la Corte, infatti, nel concetto di *massima espansione delle tutele* deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti³²⁶.

Ai contro-limiti c.d. formali, la Corte aggiunge, a partire dalle pronunce nn. 303/2011 e 230/2012, ulteriori limiti di natura logica ed ermeneutica:

³²³ Cfr. KOSTORIS, *Le fonti*, cit., pp. 54-55.

³²⁴ Cfr. D’AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina, 21-22 novembre 2014, in *paper*, spec. al § 5, e, dello stesso, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di Bin, Napoli 2015, p. 17 ss.

³²⁵ Cfr. VIGANÒ, AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, cit., p. 207 ss.

³²⁶ Cfr. Corte cost., 3 novembre 2009, n. 311.

nell'interpretazione della Cedu, i giudici costituzionali si riservano un "margine di apprezzamento" diretto alla valutazione delle peculiarità dell'ordinamento costituzionale: la giurisprudenza convenzionale verrebbe, ad ogni modo, preservata nella *sostanza*³²⁷. L'orientamento della Corte è motivato dalla circostanza legata alla natura della giurisprudenza di Strasburgo, casistica e improntata alla risoluzione del caso concreto, inidonea ad assurgere a parametro ermeneutico nella valutazione generale delle norme³²⁸. Secondo tale ragionamento, quindi, l'art. 46 Cedu avrebbe un'operatività diretta nei confronti del *dictum* definitivo per il caso concreto, e un'efficacia solamente indiretta, invece, nei casi generali, ovvero, nei casi analoghi alla fattispecie oggetto di pronuncia, per la via esclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale. Nella discussa sentenza sulla "pensioni svizzere" (*id est*: sent. 246/2012), i giudici costituzionali precisano altresì come la conformità delle disposizioni convenzionali alla Costituzione, nella prospettiva del *maximum standard*, debba essere effettuato tramite un "necessario bilanciamento" non con il singolo diritto fondamentale, che, di volta in volta, viene in esame, ma con riguardo "ad un saldo complessivo, che mira alla massima tutela non solo dei diritti fondamentali, ma anche di tutti i principi e gli interessi – di natura pubblica e privata – riconosciuti dalla Costituzione italiana"³²⁹.

Un ulteriore tassello, viene aggiunto dalla Corte costituzionale con la recente – quanto criticata – sentenza 26 marzo 2015, n. 49³³⁰. Con tale pronuncia, si ripropone la rigida separazione tra le fonti del diritto, tramite la rielaborazione del concetto di

³²⁷ Cfr. Corte cost., 28 gennaio 2011, n. 303 e Corte cost., 25 gennaio 2012, n. 230.

³²⁸ Impostazione concettuale, implicitamente avallata in seno alla sentenza della Corte costituzionale, n. 212/230.

³²⁹ Cfr. Corte cost., 9 novembre 2012, n. 246. Si introduce così un giudizio di legittimità costituzionale a "doppia velocità", ancorato ad un bilanciamento a *tutta* la Costituzione per la valutazione della conformità convenzionale; ai soli principi fondamentali della Carta, in ambito al diritto comunitario, creando così un'evidente disomogeneità ermeneutica che sarà destinata ad accrescere, nella misura in cui si concluderà l'*iter* di adesione dell'Unione europea alla Cedu.

³³⁰ La decisione ha costituito oggetto di molti commenti: tra i primi a coglierne il rilievo e le possibili implicazioni, VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, primo aprile 2015; MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, 13 aprile 2015; MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, *ivi*; RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, *ivi*, 2 aprile 2015; CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, p. 181 ss.

interpretazione convenzionalmente conforme nella *sostanza*: il giudice nazionale è tenuto infatti ad interpretare la Convenzione, per come è intesa dalla giurisprudenza della Corte europea, unicamente nella sua sostanza, ovvero sia limitatamente all'indirizzo giurisprudenziale "consolidato", al di fuori del quale l'interprete sarebbe, invece, tenuto a non seguire le indicazioni convenzionali, in quanto risultato di isolati precedenti giurisprudenziali, non rientranti, quindi, nella giurisprudenza consolidata e pacifica della Corte medesima.

La Corte costituzionale precisa, altresì, come di fronte all'emersione di un indirizzo consolidato della giurisprudenza sovranazionale, il giudice sia tenuto, in ogni caso, a sollevare incidente di costituzionalità nel caso in cui all'applicazione di un'interpretazione conforme alla Convenzione seguirebbe un contrasto con i principi costituzionali. È evidente come nella sentenza n. 49/2015, la Consulta riprenda argomentazioni già esposte, a più riprese, per delineare i criteri ermeneutici per l'interpretazione della Convenzione da parte dei giudici nazionali: il criterio discrezionale sarebbe rappresentato, quindi, dall'"indirizzo consolidato", in base al quale si legittima il giudice nazionale di procedere ad interpretazione convenzionalmente conforme, in mancanza del quale sarebbe preclusa, a contrario, la possibilità per gli stessi di tenere in considerazione precedenti isolati e sporadici, limitandosi, di conseguenza, unicamente ai principi costituzionali³³¹.

La posizione della Corte costituzionale – licenziata criticamente dalla dottrina come "disobbedienza funzionale"³³² rispetto alla Corte europea – oltre a non aggiungere

³³¹ Gli indici rivelatori di tale "indirizzo consolidato" emergerebbero – secondo i giudici – dai seguenti fattori: "la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano". Cfr. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, p. 7 del cons. in dir.

³³² Cfr. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*. *Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, cit.

Un modello "virtuoso" a cui aspirare, secondo la dottrina, sarebbe rappresentato dall'esperienza inglese, nella previsione di un duplice controllo giudiziario ed extragiudiziario sul rispetto della Convenzione, in seno allo *Human Rights Act* del 1998. Ai sensi della *section 2 HRA, Interpretation of Convention rights*, i giudici nazionali devono ("must take into account") considerare, ai fini della decisione, ogni: "(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights; (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention; (c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention; (d)

nulla di rilevante rispetto all'originaria collocazione *formale-astratta* delle fonti del diritto, espressa nelle sentenze c.d. "gemelle" – limita ulteriormente l'attività

decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention". Il controllo giudiziario, nell'interpretazione conforme, si estende ben oltre l'obbligo di applicare, laddove risultasse rilevante per il caso concreto, la giurisprudenza della Corte Edu, andando a comprendere anche le decisioni della Commissione e del Comitato dei Ministri, adottate in seno alla procedura di esecuzione delle pronunce definitive, ex art. 46 Cedu. Laddove, inoltre, nella risoluzione del caso concreto, un'interpretazione conforme alla Convenzione non fosse possibile, attesa l'incompatibilità della normativa interna, i giudici nazionali possono – ai sensi della *section 4* – formulare una *declaration of incompatibility*, quale monito per il Parlamento e al Governo per intervenire ad elidire l'antinomia evidenziata: si segnala, tuttavia, come, anche per l'ordinamento inglese, nel caso di incompatibilità, non sia possibile procedere ad una disapplicazione diretta della normativa interna, atteso che "*declaration under this section (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made*". Secondo la *section 3 HRA*, inoltre, si prescrive un generale obbligo di interpretazione che deve essere rispettato – *so far as possible* – da parte di tutte le autorità pubbliche, ed, *in primis*, da parte del legislatore: specularmente, alla *section 6*, si considera *unlawful* l'attività della pubblica autorità incompatibile con la Convenzione. Al controllo giudiziario in fase discendente, lo *Human Rights Act* coniuga anche una fase di monitoraggio nella fase ascendente, conferendo al Parlamento ex *section 19 HRA*, la possibilità di monitorare la compatibilità dei disegni di legge di iniziativa governativa rispetto agli *standard* di tutela convenzionale; controllo che, grazie all'opera del *Joint Committee on Human Rights*, è stato esteso anche ad altre forme di iniziativa parlamentare ed esecutiva. Esempificazione dell'effettività e della persuasività di tale modello di *incorporation*, è data dal *leading case Horncastle* (2009), USKC, 14, in cui la *Supreme Court* pone in discussione la giurisprudenza sovranazionale, discostandosi, ai fini della decisione del caso in esame, dai precedenti europei, ritenuti incompatibili con le peculiarità dell'ordinamento britannico: la presa di posizione della Corte inglese viene accolta con favore da parte della Corte Edu tanto da tenerne ampiamente in considerazione, nella pronuncia della Grande Camera, *Al-Khawaja and Others c. United Kingdom*, plasmando la propria posizione nei confronti delle caratteristiche tipiche degli assetti normativi di *common law*. Fin qui i pregi: gli effetti positivi di un sistema improntato sul *judicial dialogue*, si ripercuotono con tutta evidenza sia all'interno, con un'applicazione costante della Convenzione, ad opera dell'attività interpretativa conforme dei giudici, nonché delle autorità pubbliche, sia verso l'esterno con la proposizione di argomentazioni convincenti e persuasive in grado di incidere sullo stesso orientamento della Corte di Strasburgo. Dall'altra le criticità. Non si può negare, infatti, che in altre occasioni le Corti inglesi si siano rivelate poco conciliative alla costruzione di *judicial dialogue* nei confronti di Strasburgo, come nel caso *R. (Wellington) c. Secretary of State for Home Department* (2008), UKHL, 72, in cui la *House of Lords* non aderisce alla giurisprudenza consolidata della Corte Edu in relazione agli *standard* di tutela che lo Stato aderente debba garantire in caso di estradizione, in conformità all'art. 3 Cedu, su cui la Corte europea prende posizione prima nella sentenza *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* e, poi, successivamente, in due *tranche*, nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito*, in tema di ergastolo con "whole life order", in cui, nonostante la quarta sezione avesse ritenuto compatibile la normativa inglese ai sensi dell'art. 3 Cedu, ritenendo sufficiente anche una possibilità, in astratto, di forme di liberazione condizionale, la Grande Camera mutò la propria posizione, riscontrando la violazione dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui il Regno Unito non preveda un meccanismo effettivo di revisione della pena perpetua. Ulteriore nodo problematico, è rappresentato dalla previsione inglese della privazione automatica del diritto al voto dei detenuti, su cui la Corte europea si è espressa in seno alla sentenza *Hirst c. Regno Unito*, ovvero, in tema di divieto per i detenuti di accedere alla procedura sanitaria della procreazione assistita, in *Dickson e a. c. Regno Unito*. Nel caso *Animal Defenders International*, inoltre, la *House of Lords* esprime chiaramente la propria supremazia nella difesa dei principi dell'ordinamento britannico: "[...] the correct interpretation of the incorporated Convention rights lay ultimately with this Court. The domestic courts should adopt a "cautious approach" where they must not "leap ahead" of the Court's interpretations but "keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it develops over time, no more and no less". Per un approfondimento sulla giurisprudenza delle corti inglesi, cfr. SONELLI, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, Torino, 2010, p. 59 ss. Un commento in lingua, cfr. WADHAM, MOUNTFIELD, EDMUNDSON, GALLAGHER, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford, 2007, IV ed., p. 64 ss.

interpretativa dei giudici comuni: la Corte, infatti, esigerebbe che i giudici comuni selezionassero, all'interno della giurisprudenza sovranazionale, unicamente i precedenti consolidati e pacifici, in base ai quali effettuare la valutazione della conformità della normativa interna rispetto alla Convenzione, opera, che, tra l'altro, deve essere inserita nel bilanciamento con tutti (e, non solo con i principi costituzionali in esame nel caso concreto) della Costituzione³³³.

3.1.3. I diritti umani nella cornice dell'Unione europea: la Carta di Nizza.

Come è noto, i trattati istitutivi delle Comunità europee non contenevano, in origine, alcuna menzione circa la tutela dei diritti fondamentali, in ragione della loro

³³³ Cfr. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., p. 189 ss. La posizione della Corte costituzionale, così come delineata, da ultima nella pronuncia sopra in esame, è stata fortemente criticata da parte della dottrina, la quale, già all'indomani della pubblicazione della pronuncia, ha auspicato un radicale ripensamento degli orientamenti costituzionali che, ad oggi, impediscono di instaurare un rapporto dialogico con la Corte Edu nella rimodulazione della collocazione delle fonti del diritto che assicuri il fine ultimo, a cui entrambe le Carte sono preposte, ovvero sia l'effettività della tutela dei diritti umani. Secondo Viganò, la necessità di riponderazione delle argomentazioni della Corte costituzionali sarebbero motivate almeno da tre ordini di ragioni diverse: (a) *da ragioni di principio*, per cui – a partire dalla seconda guerra mondiale – la comunità internazionale ha affidato agli strumenti dei trattati e delle dichiarazioni, la tutela, quale vincolo politico e programmatico, dell'effettività e giustiziabilità dei diritti umani in Europa; (b) *da ragioni di politica del diritto e di politica criminale*, nella misura in cui la giurisprudenza sovranazionale ha inciso, nel corso degli ultimi decenni, in modo decisivo e determinante sull'assetto dell'ordinamento interno, ed, in particolare, sulla scienza penale innalzando gli *standard* di tutela sia dell'imputato sia del detenuto; (c) *da ragioni pratiche*, nella parte in cui si rivela necessario, ai fini della tenuta dei rapporti internazionali, basati sulla reciproca fiducia e collaborazione, ripensare alla costruzione di una "grammatica giuridica" comune di principi fondamentali. Alle ragioni di ordine pratico, si aggiunge la considerazione per cui, a fronte di una posizione di chiusura della Corte costituzionale, invece, la giurisprudenza, pur della disomogeneità delle soluzioni, di volta in volta, individuate, si è mostrata notevolmente più aperta e sensibile ad un'interpretazione conforme della Convenzione, che tenga conto anche della possibile diretta applicazione della disposizione convenzionale, a scapito della disapplicazione della norma interna incompatibile: dai due diversi approcci all'integrazione della Corte costituzionale rispetto al tessuto normativo è seguita la massima espansione della discrezionalità dei giudici di merito, i quali si sono visti direttamente investiti della responsabilità dell'esecuzione delle pronunce della Corte Edu. La mancanza di un raccordo tra le diverse Corti nazionali ha determinato l'ascesa progressiva della Corte di Cassazione a motore propulsore dell'applicazione della Convenzione, senza, tuttavia, l'appiglio a soluzioni continue e costanti, dettate più alla risoluzione del caso concreto che ad una corretta delineazione di criteri ermeneutici sicuri e persuasivi a cui attenersi nella generalità dei casi. Sul rischio che, in assenza di soluzioni continue, la giurisprudenza accresca la propria discrezionalità, si è espressa la dottrina che paragona il momento attuale alla fase del Medioevo, in cui l'interprete aveva una funzione creatrice del diritto, privo di sovrastrutture gerarchiche e di fonti predeterminate. In tale visione, è l'interprete – quale sorta "demiurgo" giuridico – che ricerca le fonti da applicare e le plasma, di volta in volta, in ragione del fine ultimo perseguito. Sul punto, cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 120 ss.; VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénale*, cit., p. 141 ss.; ID., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, cit., p. 741 ss.; BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 54; DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, cit., p. 1808 ss.

originaria natura di vincolo internazionale tra Stati in materie esclusivamente commerciali ed economiche.

L'assenza di specifiche disposizioni comunitarie non ha impedito, tuttavia, l'intervento propulsivo della Corte di Giustizia dell'Unione europea, al fine di inserire gradualmente una forma di protezione giuridica alle libertà individuali: la funzione di stimolo giudiziaria, si registra a partire dagli anni '60, in cui i giudici di Lussemburgo si fanno promotori dell'interpretazione estensiva ed evolutiva degli obblighi comunitari, tanto che parte della dottrina individua in tale attività "un unwritten charter of rights"³³⁴.

In una prima fase, la Corte europea nega una qualsiasi competenza in materia di diritti fondamentali: nel caso *Stork* del 4 febbraio 1959, infatti, i giudici escludono la possibilità che norme costituzionali interne – in materia di libero esercizio della professione, ai sensi dell'art. 12 della *Grundgesetz* tedesca – assurgano a parametri interposti per la valutazione di un provvedimento comunitario³³⁵. Successivamente, a partire dalle pronunce *Stauder* del 12 novembre 1969 e *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, la Corte inizia a considerare quale criterio di legittimità dei propri atti anche i diritti individuali³³⁶.

La reale spinta decisiva ha origine, tuttavia, nella sollecitazione esterna delle Corti costituzionali, *in primis*, quella italiana, nel caso *Frontini* (sent. 183/1973), e in quella tedesca, nel caso *Solange I* (sent. 29 maggio 1974), le quali lamentano la carenza di tutela del diritto comunitario in materia di diritti fondamentali e a cui oppongono pervicacemente la c.d. teoria dei "contro limiti", rappresentati dall'elevazione a rango costituzionale dei diritti e delle libertà individuali, riservandosi, inoltre, un controllo di

³³⁴ Cfr. CRAIG, *The charter, the ECJ and national courts*, in Ashiagbor-Countouris-Lianos, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012, p. 79, cit. in GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, cit., p. 29 ss.

³³⁵ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Friedrich Stork & Co. c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1960, pp. 4 ss., cit. in KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 88. In senso analogo, cfr. GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 30.

³³⁶ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm*, in *Raccolta*, 1969, p. 14 ss. e C. Giust. dell'Ue, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*, 1969, p. 1125 ss. Nella pronuncia *Stauder*, la Corte giunse ad affermare come il rispetto dei diritti fondamentali sia parte integrante dei principi generali del diritto a cui la Corte di Giustizia assicura il rispetto; nella seconda sentenza, i giudici europei aggiunsero come fosse possibile ricavare il contenuto dei diritti fondamentali dalle tradizioni costituzionali comunitarie degli Stati membri.

compatibilità delle disposizioni comunitarie³³⁷. In ragione della posizione di chiusura manifestata a più riprese da parte degli Stati membri, la Corte ancora il sindacato di conformità degli atti comunitari ai diritti fondamentali, a cui riconosce lo *status* di “principi generali del diritto comunitario”, riferendosi con tale espressione sia alla norme convenzionali ed alla interpretazione evolutiva della Corte Edu sia alle tradizioni costituzionali nazionali³³⁸.

L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, ai fini di un pieno riconoscimento di uno statuto comunitario dei diritti fondamentali, culmina, *in primis*, con un primo riferimento in seno al Trattato di Maastricht del 1992, con cui si attribuisce alle libertà individuali il valore di “principi generali di diritto comunitario”, al cui rispetto l'Unione si vincola, *ex art. 6.2 TUE* (nella formulazione *ante* Lisbona, vecchio testo)³³⁹. La svolta decisiva si ha con l'adozione della Carta europea dei diritti

³³⁷ Cfr. Corte cost. 27 dicembre 1973, n. 183 e BVerfGE 37, p. 271 ss. (c.d. *Solange I*). Sul punto, cfr. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 109 ss.; NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Caligiuri-Cataldo-Napoletano, (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, p. 320 ss.

³³⁸ A partire, infatti, dalla pronuncia *Nold* (C. Giust. dell'Ue, 14 maggio 1974, *J. Nold KG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, pp. 491 ss.), la Corte riconosce anche ai trattati internazionali, *in primis*, la Cedu, lo *status* di fonte di diritto – seppur in via indiretta – in materia di libertà individuali. Per un approfondimento delle pronunce testè citate, cfr., *ex multis*, KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 80-81; GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 31-32; DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 649 ss.; JACQUÉ, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002, p. 55 ss.; SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *C.M.L. Rev.*, 2012, p. 1565 ss.

³³⁹ In un primo momento, si registrò un atteggiamento piuttosto conflittuale della Corte Edu volto a rivendicare la propria giurisdizione sulla violazione dei diritti umani tutelati dalla Convenzione, anche nelle materie di competenza dell'Unione: secondo tale impostazione, gli Stati avrebbero dovuto, in ogni caso, rispondere delle violazioni perpetrate dinnanzi alla Corte di Strasburgo. Una presa di posizione ritenuta dalla Corte di Giustizia come una forte interferenza nell'attuazione degli interessi comunitari e che avrebbe implicato la sollecitazione per la medesima materia di entrambe le Corti, non esiti non necessariamente uniformi. A partire dal *leading case Bosphorus c. Irlanda*, la Corte Cedu cambiò registro in un'ottica di apertura verso i giudici di Lussemburgo: pur ritenendosi astrattamente competente a decidere anche nei casi di violazioni dei diritti umani in materie di diritto comunitario, la Corte ritenne di non esercitare il proprio sindacato, in tutti i casi in cui il sistema comunitario fosse in grado di garantire un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente o superiore a quello convenzionale. Cfr. C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*. Trattasi di una valutazione in astratto, che può essere smentita, laddove nel caso concreto si dia prova di una evidente insufficienza di protezione comunitaria, come nella pronuncia del 20 gennaio 2009, *Cooperative Producentenorganisatie van del Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Paesi Bassi*. Per un riferimento, cfr. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 81. Come sottolinea Kostoris, le questioni di conflitto circa la competenza in materia di diritti umani, si sono verificate altresì in relazione ai rapporti tra l'Unione europea ed organismi internazionali: nel caso *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, la Corte di Giustizia ha rivendicato la supremazia del diritto comunitario e della sua giurisdizione rispetto ad un atto di diritto internazionale,

fondamentali dell'Unione europea, siglata a Nizza, il 7 dicembre 2000 ed approvata, a seguito di ulteriori modifiche, a Strasburgo, il 12 dicembre 2007. Si tratta, in origine, di un testo privo di valore cogente, una fonte di *soft law*³⁴⁰, a cui, la Corte di Lussemburgo, nonché le Corti nazionali avrebbero dovuto rifarsi per un'applicazione uniforme del diritto comunitario, quale *standard* meramente interpretativo. Il passaggio successivo avviene con l'elevazione della Carta a diritto primario dell'Unione, con lo stesso valore giuridico dei trattati, *ex art. 6.1 TFUE*, per effetto del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il primo dicembre 2009.

Ad una breve analisi dei principi generali in essa contenuta, merita evidenziare la rilevanza di tre diversi profili, che mettono in luce sia la collocazione della Carta nella struttura complessiva dell'Unione sia dei suoi rapporti con la Convenzione, nonché con i principi costituzionali:

(a) l'art. 51.1 delinea il principio di attribuzione, per cui “le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure per gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”³⁴¹;

quale, la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU che prevedeva il congelamento dei beni, senza instaurazione di un previo contraddittorio per i sospettati di terrorismo islamico, iscritti nelle c.d. *black list*, in violazione del principio dell'equo processo di matrice convenzionale *ex art. 6 Cedu*, così come trasposto nelle norme comunitarie. In tale pronuncia, l'autore vi legge l'applicazione al diritto dell'Unione della teoria dei contro limiti rispetto a decisioni delle Nazioni Unite.

³⁴⁰ Cfr., *ex multis*, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 78 ss.; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013, p. 30 ss.; BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 707 ss. Sull'effettivo valore di fonte primaria, la dottrina è alquanto divisa, in ragione della dizione dell'art. 6.1 TFUE, nella parte in cui incorpora la Carta per effetto di un semplice rinvio, divergendo dalla precedente scelta normativa in seno alla Costituzione d'Europa, trattato poi non adottato: sul punto, è intervenuta la stessa Corte di Giustizia, con la pronuncia del 9 gennaio 2010, causa *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in cui i giudici ribadirono il valore vincolante della Carta. Ulteriori criticità vengono sollevate in relazione all'inciso dell'art. 6.1 TFUE che pone una limitazione all'interpretazione della Carta, in ragione delle *Spiegazioni Ufficiali*, elaborate in senso alla versione del testo del 2007: l'inserimento di tale previsione, si spiega in un'ottica di guida per il legislatore e l'interprete ad interpretare le disposizioni della Carta in modo non eccessivamente restrittivo, atteso che ai sensi dell'art. 51, l'ambito di applicazione della stessa sarebbe limitata “esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione europea”. Per un riferimento bibliografico, cfr. LENAERTS, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 377 ss.

³⁴¹ Con riferimento al principio di attribuzione, *ex art. 51.1, sub (a)*, pone un divieto perentorio di estendere le competenze dell'Unione per il tramite della Carta: la portata del principio deve essere letto, infatti, in combinato disposto con l'art. 6.1 TFUE, in base al quale la Carta “non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati”. Nell'enunciazione di tale principio emerge, da una parte, la volontà di circoscrivere l'efficacia

(b) l'art. 52.3 delinea il principio di equivalenza, secondo cui "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il

della Carta a materie che sono già – ovvero che saranno – di competenza dell'Unione, escludendo così qualsiasi forza espansiva della stessa verso ambiti di competenza esclusiva degli Stati nazionali, dall'altra, si individua nella Carta il testo fondamentale comunitario a cui deve essere adeguata l'intera normativa dell'Unione. Ad un'analisi dettagliata della disposizione emergono i lineamenti essenziali dell'ambito di applicazione *ratione personae*, stabilendo che la Carta si applica "alle istituzioni, agli organi e organismo dell'Unione (...) come pure agli Stati membri". Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione, *ratione materiae*, l'art. 51.1 contiene una limitazione diretta esclusivamente verso gli Stati membri, disponendo come la Carta opera limitatamente in attuazione del diritto dell'Unione. Se l'applicazione della Carta nei confronti di istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea non desta criticità alcuna, più complessa, invece, l'individuazione dell'ambito di operatività della Carta verso gli Stati membri. Secondo una parte della dottrina, l'inciso della disposizione circa il rapporto con gli Stati membri sarebbe stata intesa in senso di limitazione dell'ambito di applicazione della Carta, rispetto all'interpretazione giurisprudenziale, per cui si riconosce ai diritti fondamentali valenza di principi generali. Secondo le *Spiegazioni* "per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (cfr. C. Giust. dell'Ue, 13 luglio 1989, *Wachauf*, causa 5/88, in *Raccolta*, 1989, p. 2609; C. Giust. dell'Ue, 18 giugno 1991, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, pp. 1-2925; C. Giust. dell'Ue, 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, causa C-309/96, in *Raccolta*, 1997, pp. I-7493). In ragione della presa di posizione della Corte di Giustizia, si sono formati progressivamente in dottrina due poli opposti, tra i sostenitori di un approccio strettamente formale, diretto all'applicazione della Carta solamente nei casi in cui gli Stati operino in qualità di "agenti" dell'Unione europea, paventando, infatti, nell'eccessiva estensione dell'operatività della stessa come un rischio di evoluzione in senso federale del sistema di protezione dei diritti fondamentali, che minerebbe la divisione verticale dei poteri all'interno della struttura istituzionale dell'Unione e, sostenitori di un approccio funzionale, i quali sostengono una maggiore flessibilità dei criteri applicativi verso la costruzione di un sistema condiviso di valori comuni. Sul punto, cfr. SPAVENTA, *Federalisation versus Centralisation: Tensions in fundamental rights discourse in the EU*, in Dougan-Currie, *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Oxford, 2009, pp. 344 ss.; HANCOX, *The Meaning of "implementation" EU law under Article 51(I) of the Charter: Akerberg Frasson*, in *59 Common Market Law Review*, 2013, pp. 1426 ss. Una rilevante precisazione è intervenuta per effetto della sentenza *Akerberg Frasson* del 26 febbraio 2013 in materia di *ne bis in idem* ex art. 50 della Carta, nonché dell'art. 4 del Prot. n. 7 della Convenzione europea: la questione cruciale riguardava l'operatività dell'art. 50 in relazione ad una parte della normativa svedese che non era stata emanata in attuazione del diritto dell'Unione (con rinvio pregiudiziale, il tribunale svedese aveva richiesto alla Corte europea se fosse stato violato il principio del *ne bis in idem* in caso di imputazione penale per una fattispecie già oggetto di un procedimento amministrativo fiscale). Secondo la pronuncia testè citata, la protezione dei diritti fondamentali sarebbe quindi assicurata in tre seguenti situazioni: (a) ogniquale volta sia applicato il diritto dell'Unione; (b) in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione e (c) e, ancora, quando le misure nazionali sono in parte collegate col diritto dell'Unione europea. Nonostante l'interpretazione della Corte nel caso *Frasson* sia stata salutata con grande favore, atteso il riconoscimento estensivo della portata della Carta, tale interpretazione non può dirsi pacifica ed assodata, in ragione sia della presa di posizione della Corte costituzionale tedesca, in una successiva pronuncia del 24 aprile 2013, sia in forza degli orientamenti immediatamente successivi della stessa Corte di Lussemburgo, espressi nel caso *Ymeraga* dell'8 maggio 2013, in cui i giudici sembrano rifarsi ai precedenti orientamenti restrittivi, asserendo come l'operatività della Carta debba essere necessariamente ancorata allo scopo di attuazione della normativa comunitaria. Cfr. Bundesverfassungsgericht, 24 aprile 2013, 1215/07; C. Giust. dell'Ue, 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Kreshnik Ymeraga e a. c. Ministre du Travail de l'Emploi et de l'Immigration*. Fortemente discussa in dottrina, è invece la questione della configurabilità di un'efficacia orizzontale, tra privati, delle disposizioni della Carta. Sul punto, cfr. SCHIEK, *Constitutional Principles and Horizontal Effect: Küçükdeveci Revisited*, in *European Labour Law Journal*, 2010, pp. 373 ss.; KOKOTT-SOBOTTA, *The Charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon*, *EUI Working Papers*, (2010/6), p. 1 ss.

significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa³⁴²;

(c) l'art. 53 prescrive il principio della maggior tutela, in base al quale “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”³⁴³.

Una peculiare attenzione va dedicata, infine, alla questione della “comunitarizzazione” della Convenzione europea, per effetto del rinvio ai sensi dell'art. 6.3 TFUE, per cui “i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e risultati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”³⁴⁴. Secondo una lettura testuale, una parte della giurisprudenza vi

³⁴² Con riguardo, invece, al secondo profilo inerente il principio di equivalenza, la Carta tratteggia un criterio di interpretazione in relazione alla Convenzione: ove la Carta contenga diritti corrispondenti nei contenuti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi dovranno essere considerati equivalenti a quelli convenzionali, in conformità a quanto precisato dalle *Spiegazioni*, per cui con l'art. 52.3 si “intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Cedu affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla Cedu, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della Cedu”. Ne consegue, quindi, “che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli *standard* stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella Cedu, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea”. Il riferimento alla Convenzione deve essere, altresì, esteso anche ai protocolli aggiuntivi, nonché alla giurisprudenza di entrambe le Corti europee.

³⁴³ L'ultimo criterio di raccordo tra le Carte è rappresentato dal principio della massima tutela, a cui si uniforma il diritto dell'Unione, ma che assurge a regola generale di tutto il diritto internazionale: trattasi di un limite che il diritto primario dell'Unione pone a se stesso rispetto a fonti di tutela esterne: l'art. 53 della Carta impone, infatti, con le disposizioni convenzionali, per cui non opera il criterio della corrispondenza e con i principi costituzionali, così come interpretati dalle prassi interne, al fine di far prevalere la norma che prescrive uno standard di tutela più elevato rispetto alle altre, “nel senso che tra varie garanzie in concorso debba prevalere quella di livello più alto”. Ai sensi dell'art. 52.4 della Carta – il quale deve essere letto in combinato disposto con l'art. 6.3 TFUE – si sancisce che, qualora la Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti debbano essere interpretati in armonia con le tradizioni nazionali. Come precisato ulteriormente dalle *Spiegazioni*, tale inserimento è volto ad assicurare un elevato livello di protezione ai diritti della persona, nell'ambito del diritto dell'Unione, senza, però, pregiudicare le prerogative costituzionali degli Stati membri e senza avallare impostazioni rigide basate sul “minimo comun denominatore”. Sul punto, cfr. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 85; GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 32-33.

³⁴⁴ Il riferimento ai principi generali, secondo la dottrina, dovrebbe essere inteso come una “valvola di sicurezza”, ovvero, come una “clausola di *standstill*” del sistema europeo stesso: un elemento

avrebbe visto una generale elevazione della Convenzione europea al rango di fonte primaria dell'Unione europea, con il consequenziale riconoscimento di efficacia diretta, anche al di fuori delle materie di competenza dell'Unione europea (c.d. comunitarizzazione della Cedu)³⁴⁵. In aperta opposizione a tale ricostruzione, sono intervenute sia la Corte costituzionale sia la Corte di Giustizia, asserendo come allo stato attuale – in mancanza di un'adesione dell'Unione alla Convenzione, il cui procedimento è tutt'ora in corso – la Cedu “non costituisce [...] un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la Cedu e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale”³⁴⁶.

3.1.4. *L'adesione dell'Unione europea al sistema convenzionale.*

Come sopra accennato, una delle questioni maggiormente discusse, da cui dipenderanno gli sviluppi futuri dell'assetto istituzionale del sistema europeo, concerne l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, così come prevista ai sensi dell'art. 6.2 TFUE. Il procedimento di adesione – per quanto auspicabile – si mostra notevolmente complesso ed articolato sia da un punto di vista tecnico della procedura, per cui si ipotizzano tempi lunghi per l'effettiva riuscita dell'intero *iter*, sia il mutamento che ne seguirebbe circa i rapporti tra le Corti europee e, per riflesso, con le Corti nazionali.

di elasticità nell'assetto delle fonti, tramite cui la Corte potrebbe addivenire al riconoscimento di altri diritti non sanciti espressamente nella Carta ovvero estendere la portata di quelli già previsti. Previsione quanto mai ritenuta necessaria, in ragione dell'incompleta accettazione della Carta da parte del Regno Unito e della Polonia, secondo quanto stabilito nel Protocollo n. 30: in virtù del riferimento ai principi generali assicurerebbe quanto meno l'ancoraggio di tali Paesi alle disposizioni della Cedu e alle tradizioni costituzionali comuni, in quanto, appunto, principi generali dell'Unione. Sul punto, cfr., *ex multis*, AMEDEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali molti problemi, qualche soluzione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 726 ss.; BIONDI, *Quali conseguenze dopo l'opting out del Regno Unito dalla Carta?* in *www.europeanrights.eu*, 16 maggio 2011.

³⁴⁵ In tal senso, Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220; Tar Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984. Per la dottrina, cfr. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 85; GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 32-33.

³⁴⁶ Cfr. C. Giust. dell'Ue, 26 febbraio 2013, *Agklagaren*, C-617/10. In senso conforme cfr. anche C. cost., 11 marzo 2011, n. 80; C. cost., 18 luglio 2013, n. 2010.

A dimostrazione della complessità dei rapporti in gioco, la Corte di Giustizia ha, in un primo momento, escluso categoricamente la competenza della Comunità europea ad aderire alla Cedu, senza previa revisione del Trattato istitutivo³⁴⁷; limite poi venuto meno solamente con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolar modo, con la previsione espressa dell'art. 6.2 TFUE, il quale fornisce una base giuridica per l'adesione stabilendo sia una procedura *ad hoc* (ex art. 218 TFUE) da seguire sia alcuni principi regolanti tale fase, ai sensi del Protocollo n. 8.

Sul piano internazionale, inoltre, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, si è creata specularmente la base giuridica ai fini dell'incorporazione della Convenzione all'Unione europea, tramite la modifica dell'art. 59 Cedu (ex art. 17 del Prot. n. 14)³⁴⁸.

3.1.5. Verso "l'uropeizzazione" dei diritti umani o dei contro limiti?

In ragione delle argomentazioni sin qui svolte, emergono due fenomeni nettamente contrastanti.

Si registra, in primo luogo, un'incessante ascesa del sistema europeo dei diritti umani a motore propulsore d'Europa, da una parte, la "piccola Europa", rappresentata

³⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 28 marzo 1996, *Parere 2/94*.

³⁴⁸ A seguito di una Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 17 marzo 2010, il Consiglio ha adottato una decisione, in base alla quale si è dato avvio formalmente ai negoziati sull'accordo di adesione; lavori giunti a conclusione con un progetto di accordo, sottoposto al parere della Corte di giustizia, la quale con *Parere 2/13* del 18 dicembre 2014 ha espresso una valutazione negativa, comportando di fatto una battuta d'arresto nell'*iter* procedurale di adesione. Tale Parere fu fortemente criticato in dottrina, all'indomani della stessa pubblicazione. Cfr., *in primis*, ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro tra Corti?*, in www.sidi-isil.org, 22 dicembre 2014, p. 1 ss. Tra le principali critiche della Corte di Lussemburgo, si rileva, *in primis*, (a) il mancato coordinamento dell'art. 53 della Carta rispetto all'art. 53 della Convenzione, per cui si riconosce agli Stati membri la possibilità di prevedere standard di tutela più elevati: secondo la Corte la portata della previsione convenzionale dovrebbe essere limitata a quanto necessario per evitare di compromettere gli standard di tutela previsti dalla Carta, nonché il primato, l'unità e la primazia del diritto dell'Unione; (b) l'accordo di adesione, così come formulato, metterebbe a rischio l'equilibrio dell'assetto istituzionale dell'Unione europea, sia nella misura in cui si vada ad equiparare l'Unione europea ad uno Stato e la possibilità di applicare anche ad essa il ricorso interstatale ai sensi dell'art. 33 Cedu dinnanzi alla Corte di Strasburgo sia dall'applicabilità del Protocollo n. 16 e, quindi, del rinvio consultivo delle Corti nazionali alla Corte Edu, in parziale sovrapposizione con la *ratio* e la disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; (c) la possibilità che la Corte Edu possa pronunciarsi su atti emanati nell'ambito della PESC, rispetto ai quali la Corte di Giustizia, invece, non ha giurisdizione; (e) la violazione dell'art. 344 TFUE, nella misura in cui non si vieti alla Corte di Strasburgo di pronunciarsi su controversie tra Stati dell'Unione ovvero tra Stati ed Unione; (f) l'elaborazione dei meccanismi di *co-respondent* e di previo coinvolgimento della Corte di Giustizia, nelle ipotesi della ripartizione della responsabilità tra Stato ed Unione in caso di violazioni delle disposizioni convenzionali.

dall'Unione europea, tramite la Carta dei diritti fondamentali, dall'altra, la "grande Europa", formata dal sistema Cedu, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il sistema europeo dei diritti umani si presenta, inoltre, a vocazione giurisprudenziale, in cui le Corti europee hanno assicurato l'effettività delle garanzie da esse tutelate, lungo un *iter* complesso ed articolato che le vede sempre di più al centro del motore europeo. Le due "Europee" saranno destinate ad incontrarsi ed intersecarsi, tramite l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, con la prospettazione di scenari futuri che spingono verso la costruzione di un'unica Grande Europa dei diritti umani, un terreno comune e condiviso di valori e di principi fondamentali. Un fenomeno attualmente in corso di evoluzione, i cui sviluppi sono solo parzialmente prevedibili ed auspicabili³⁴⁹.

È opportuno, però, evidenziare come, oltre al processo di "europeizzazione dei diritti umani" vi siano delle avvisaglie di una lenta, quanto inesorabile, formazione di una tendenza radicalmente opposta: si assiste, infatti, a partire dall'esempio inglese, all'affermazione di limiti e di barriere rispetto alla progressione dell'incidenza del sistema europeo sull'ordinamento interno³⁵⁰. Un atteggiamento volto al ridimensionamento del sistema europeo dei diritti umani, a salvaguardia della propria sovranità: posizione, tra l'altro, assunta anche dalla Corte costituzionale italiana, da ultimo nella sentenza n. 49/2015 ovvero da parte del *Tribunal Constitucional* spagnolo, nella misura in cui ad oggi si non prevede nessun meccanismo di riapertura del processo penale a seguito di violazioni accertate dalla Corte Cedu³⁵¹, o, ancora dal

³⁴⁹ Indice di tale incorporazione è dato dagli ordinamenti, come quello austriaco o francese, sinteticamente analizzati, in cui il riconoscimento dell'efficacia costituzionale (o addirittura supra-costituzionale) consente ai giudici comuni di effettuare un giudizio di conformità alla Convenzione europea, con consequenziale disapplicazione della norma interna, senza con ciò minare la superiorità della Corte costituzionale interna. I rapporti sono, in ogni caso, connessi ad un difficilissimo equilibrio, ancor prima che giuridico, di poteri e di politica internazionale.

³⁵⁰ Il riferimento corre immediatamente alle recenti vicende politiche ruotanti attorno al fenomeno della "Brexit", con cui si indica l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, così come sancito dal referendum che si è svolto lo scorso 23 Giugno 2016. La prima conseguenza della *Brexit* sono state le dimissioni dell'ormai *ex premier* Cameron che, dopo l'iniziale parere favorevole, ha tentato fino all'ultimo di convincere gli elettori a votare per il *Remain*. La vittoria del *Leave* con il 51,9% cambia in maniera significativa il panorama europeo, con le popolazioni di Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord che sono da considerare, di fatto, a uscita dall'Ue ratificata, extra-comunitari e con il nuovo Governo inglese che dovrà affrontare i malumori delle altre nazioni del Regno, Scozia su tutte, che ha già rilanciato per indipendenza e rientro in Europa. Per un approfondimento sulle ultime vicende, cfr. <http://www.economist.com/Brexit>, nonché <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>.

³⁵¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

Bundesverfassungsgericht tedesco sul divieto di applicazione retroattiva della *Sicherungsverwahrung*³⁵².

L'adozione di contromisure al sistema Cedu sono state prospettate anche dalla stessa Corte di Giustizia, laddove con il *Parere 2/13* ha ritenuto incompatibile l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione, prescrivendo, altresì, una serie di limitazioni e di restrizioni volte a salvaguardare l'assetto comunitario da possibili future ingerenze e sovrapposizioni rispetto all'intervento della Corte di Strasburgo. Per quanto ogni ordinamento nazionale sia tenuto a ripensare al proprio assetto giuridico ai fini della costruzione di un rapporto dialogico con il sistema sovranazionale, in ragione dell'impegno politico intrapreso con l'adesione alla Cedu, non si può evitare di concludere, asserendo come sia quanto mai necessario un radicale ripensamento del sistema europeo nel suo complesso e degli equilibri politici ad esso sottesi: l'emersione di prese di posizione restrittive e contrarie ad un'evoluzione del quadro europeo non può essere sottovalutato per la riuscita degli sviluppi futuri che si auspicano il più lineari ed organici possibili.

3.2. *Vademecum* per l'interprete: il *modus operandi* del giudice.

Come si è già avuto modo di argomentare, nel sistema reticolare delle fonti, l'interprete deve misurarsi con una pluralità di fonti del diritto, «tre ordinamenti con rispettive “carte dei diritti”, tre Corti preposte alla loro tutela, tre diverse *Weltanschauung*»³⁵³.

³⁵² Cfr. C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania*, ric. n. 17792/07; C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania*, ric. n. 20008/07; C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania*, ric. n. 27360/04 e 42225/07.

³⁵³ Nel *network multipolare* di fonti, l'interprete si confronta con un tessuto normativo articolato e complesso, “dalle disposizioni senza norme”, come gli enunciati delle Carte internazionali, *in primis*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Cedu, integrati per effetto delle concretizzazioni giurisprudenziali sovranazionali, “alle fonti senza disposizione”, tra cui la giurisprudenza-fonte delle Corti europee, nonché “alle fonti valide ma con effetti solo mediati o indiretti”, come nel caso emblematico della produzione giuridica dell'Unione europea in materia penale, *ex art. 83 TFUE* ovvero nel caso delle disposizioni convenzionali, le quali assurgono a rango di norme interposte, nel giudizio di legittimità costituzionale, o, ancora “alle fonti vigenti *ma prive di applicabilità*”, nelle situazioni di diretta applicazione delle norme europee, con disapplicazione della norma interna incompatibile (*id est*: trattati istitutivi, regolamenti, direttive *self-executing*, nell'ambito dell'Unione ovvero disposizioni convenzionali, solamente strettissimi limiti non regolati dalle legge di esecuzione n. 848/1955). Cfr. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Tomo I, *I diritti fondamentali tra concetti e tutele*, Milano, 2014, p. 25 ss. Dal pluralismo o policentrismo giuridico, l'interprete deve ricondurre ad unità il sistema, individuando la disposizione concretamente applicabile, lungo un'attività interpretativa, connotata da canoni e regole radicalmente diverse rispetto ai

Nel sistema multilivello delle fonti, il ruolo dell'interprete si trasforma e si esalta, da mero "recettore" – precipitato del positivismo giuridico e della metodologia avalutativa e contemplativa – a giurista "tessitore" di relazioni³⁵⁴. Il primo fra gli interpreti del sistema reticolare è inevitabilmente il giudice, interprete di "frontiera", il quale viene ad assurgere una funzione chiave nelle dinamiche interpretative, determinato dalla necessità di individuare una soluzione plausibile per il caso concreto, tramite un orizzonte illimitato di strumenti ermeneuti e molteplici possibilità operative, "rettamente proporzionali al proliferare delle fonti"³⁵⁵.

Dall'accentuazione della rilevanza del giudice, ne segue inevitabilmente *l'affinamento del margine di discrezionalità*, atteso che "un giudice tra molte leggi" è destinato inevitabilmente a trasformarsi, in sostanza, in "un giudice senza legge", in cui come *Icaro* potrebbe cedere alla tentazione (o fascinazione) di ricercare una fonte sovraordinata, una qualche *Grundnorm* o *Grundwert*, per fondare la propria determinazione nel caso concreto³⁵⁶.

Le conseguenze di un approccio ermeneutico arbitrario, nella ricerca e nell'interpretazione delle fonti sovranazionali, sono di immediata evidenza: dalla selezione dei precedenti, all'analisi dei *cases law* – non si dimentichi che il giudice si trova a confrontarsi con Corti europee, con un impostazione concettuale ed argomentativa paragonabile alle tradizioni di *common law* (*id est*: cultura del precedente vincolante) – all'individuazione della *ratio* o *regula iuris*, finendo per identificare in un precedente isolato, non autorevole, la soluzione al caso concreto, perché più affine

criteri ermeneuti tradizionali: "le gerarchie tradizionali appaiono sconnesse, sovvertite se non definitivamente congedate, comunque alterate da una produzione policentrica e reticolare, appunto, che ormai costringe l'interprete – il giurista teorico o pratico, il giudice come l'avvocato – ad una costante opera di ricostruzione, mediazione, persino di individuazione del corretto gradino gerarchico e del grado di forza vincolante della fonte, o del rapporto di prevalenza tra diverse fonti confliggenti".

³⁵⁴ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 21.

³⁵⁵ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 34.

³⁵⁶ Si è già sottolineato, in più punti, come nel panorama attuale si assista "ad un ribaltamento epistemologico dei rapporti tra giudice e legge, alterando o sovvertendo lo stesso rapporto tra interpretazioni e fonti del diritto, [...] "che lungi dal trovare le fonti come dati preesistenti alla loro attività interpretativa, sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinare di volta in volta il grado di precettività"³⁵⁶. Non sorprende, quindi, l'accostamento del giudice ad una sorta di "rapsodo", "impegnato, anzitutto, a ricostruire le diverse tessere del mosaico giuridico", secondo una metodologia assimilabile all'*interpretatio* medievale di matrice topica, in cui i glossatori plasmarono il diritto romano per fondare uno *ius commune*, solamente in parte riconducibile all'originaria tradizione. Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20; VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, 2010, pp. 617-679; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 167 ss.

all'argomentazione sostenuta (la c.d. fallacia del *cherry-picking*), ovvero il ricorso a criptoanalogie mascherate o, per converso, a disanalogie, evidenziate con la tecnica del *distinguishing*, in cui i giudici disattendono un precedente delle Corti europee, in ragione di asserite peculiarità del caso trattato rispetto all'analogo europeo³⁵⁷.

Per quanto l'“europeismo giudiziario” sia una realtà dell'attuale assetto giuridico, in cui l'interprete aspira a raggiungere le cime più alte (*id est*: riprendendo la metafora di *Icaro*, di cui sopra), *artefice e creatore del diritto*, al pari, o forse più, del legislatore stesso, è necessario prendere le distanze da una simile visione, che – per quanto realista – deve essere superata, riportando il giudice nella sua dimensione di interprete della legge al caso concreto, secondo schemi lineari e canoni ermeneutici sicuri, all'interno dei quali il giudice si possa muovere, con il dovuto e fisiologico margine di discrezionalità.

Una prima indicazione metodologica può essere rinvenuta, in primo luogo, nella fase di ricerca della fonte pertinente, guidata da un approccio maggiormente consapevole dei vincoli esistenti: oltre al tradizionale vincolo gerarchico a cui soggiace la legge rispetto alla Costituzione ed all'esegesi della Corte costituzionale, si aggiunge, infatti, il criterio della *primauté* discendente dall'adesione dell'Italia al sistema europeo, con l'obbligo per il legislatore, nella fase ascendente, e il giudice, per quanto qui d'interesse, nella fase discendente, di assicurare l'applicazione del diritto dell'Unione europea, nonché l'operatività dei vincoli internazionali, *in primis*, della Cedu³⁵⁸.

Le fonti europee assurgono, di conseguenza, a validi strumenti interpretativi ai fini della risoluzione del caso concreto: il limite ultimo è dato, in ogni caso, dalla conformità alla Costituzione: laddove, infatti, l'applicazione della disposizione europea si ponga in conflitto con i principi fondamentali, il giudice è tenuto a devolvere la

³⁵⁷ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20; VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., pp. 645-47; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, cit., p. 171.

³⁵⁸ Il principio regolatore delle fonti europee non è di tipo gerarchico, ma ruota attorno al principio di attribuzione, in forza del quale l'ordinamento giuridico italiano ha ceduto una parte della propria “sovrانيتà” all'ordinamento comunitario, per il tramite della duplice porta d'accesso degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., nonché in ragione dell'elevazione a rango di norma interposta per le disposizioni convenzionali, per il tramite dell'art. 117, co. 1 Cost.: nei rispettivi ambiti di competenza, le due Corti europee rappresentano il giudice ultimo, garante supremo dell'applicazione e dell'interpretazione uniforme dei trattati internazionali, così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale. Il diritto europeo si presenta, quindi, come un tessuto normativo “vivente”, in continua evoluzione: il giudice è tenuto, infatti, ad interpretare le fonti sovranazionali *conformemente* alla giurisprudenza evolutiva delle Corti europee.

questione alla Corte costituzionale, la quale, come è noto, ha nel corso del tempo sviluppato la teoria dei contro limiti, in una misura più stringente rispetto alla Convenzione, limitatamente alla tenuta dei principi costituzionali, per il diritto comunitario³⁵⁹.

Una volta accertato che la fonte pertinente sia di natura europea, il giudice dovrebbe seguire – quanto meno si auspica – la seguente *checklist*, al fine di potersi orientare con linearità e semplicità nell'individuazione della disposizione effettivamente applicabile, riducendo, quindi, il margine di discrezionalità:

(a) *applicabilità diretta*: il giudice, in primo luogo, deve verificare se la fonte europea sia direttamente applicabile, comportando la disapplicazione della disposizione interna, con efficacia limitatamente al caso concreto, senza che la validità della stessa venga meno;

(b) *interpretazione conforme*: il giudice, in secondo luogo, esclusa l'applicabilità diretta della disposizione europea, deve procedere ad un'interpretazione della disposizione interna con le fonti europee, nella misura in cui quest'ultime siano direttamente coinvolte per la risoluzione del caso in esame; tale operazione ermeneutica non deve, tuttavia, oltrepassare i limiti ed i vincoli della Costituzione, atteso che l'interpretazione conforme alle fonti europee rappresenta una specie del più ampio *genus* di interpretazione costituzionalmente orientata;

(d) *questione di legittimità costituzionale*: laddove, infatti, un'interpretazione conforme alle fonti europee risultasse difficilmente praticabile oppure comportasse una collisione con i principi costituzionali, il giudice è tenuto ad astenersi dal procedere autonomamente e deve sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione interna, per il tramite dell'art. 117, co. 1 Cost. e, se del caso, con l'art. 11 Cost.³⁶⁰.

³⁵⁹ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁶⁰ In sintesi, l'operazione ermeneutica del giudice dovrebbe aderire a tale schema:

Le opzioni del giudice

Disposizione a rilevanza interna

Disposizione con rilevanza anche europea

(a) Disposizioni direttamente applicabili. La Cedu.

Una diretta applicazione delle disposizioni convenzionali, ad oggi, sembrerebbe preclusa al giudice, fatta eccezione per le ipotesi non regolate dalla legge, all'interno delle quali sarebbe possibile immaginare un'immediata operatività convenzionale: in tali termini, è stata ricostruita la vicenda *Drassich c. Italia*, in cui la Corte Edu, in forza dell'art. 6 Cedu, ha ritenuto incompatibile una condanna in ragione del mutamento della qualificazione giuridica del fatto, operata dal giudice di legittimità, senza contraddittorio tra le parti. Si è evidenziato, come il principio giurisprudenziale, per cui sia necessario che il giudice solleci il contraddittorio tra le parti circa la possibilità di una diversa qualificazione giuridica non solo non collida con le norme processuali di cui agli artt. 521 c.p.p., ma sancisca un *quid pluris* di tutela all'imputato e, quindi, alla luce del generale principio del *maximum standard*, si possa prevedere una diretta applicabilità di

-
- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> ✓ interpretazione costituzionalmente orientata; ove non possibile ✓ questione di legittimità costituzionale | <ul style="list-style-type: none"> ✓ applicabilità diretta; ove non possibile ✓ interpretazione conforme alle fonti europee, coadiuvato da un ulteriore <i>test</i> di compatibilità dell'interpretazione alla Costituzione laddove l'interpretazione europea non sia ammissibile ✓ questione di legittimità costituzionale |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Secondo lo schema proposto, le vie metodologiche indicate sarebbero due, una con riguardo alle norme a sola rilevanza interna, laddove il *modus operandi* per il giudice consiste nell'interpretazione costituzionalmente orientata ed, in subordine, quale opzione ultima e residuale, la questione di legittimità costituzionale, nella misura in cui la disposizione non si prestasse ad un'interpretazione conforme a Costituzione e, quindi, l'antinomia risultasse insanabile; l'altra, con riguardo alle disposizioni a rilevanza anche europea, in cui il giudice è chiamato a svolgere passaggi ulteriori, come, *in primis*, la ricerca della fonte idonea a cui ancorare (o sotto cui "coprire") il proprio *iter* argomentativo, per poi procedere o alla diretta applicabilità della disposizione convenzionale o, nella misura in cui non lo sia, all'interpretazione conforme al diritto europeo, in senso lato inteso, tenendo in considerazione la Costituzione quale *test* di compatibilità delle proprie argomentazioni; laddove, ciò non fosse possibile, residua sempre, come scelta operativa di sistema, la questione di illegittimità costituzionale. Tale schema propone un ampio ventaglio di possibilità operative, le quali, oltre ad enfatizzare il ruolo del giudice, riducendo i margini di discrezionalità entro criteri guida sicuri e predeterminati, consente di assicurare il riparto dei ruoli tra giudice ordinario e giudice costituzionali, nello sviluppo armonico ed uniforme del sistema. Si precisa, altresì, come un *quid* interpretativo sia necessario – onde non rischiare di cadere nella figura del giudice, quale mero esecutore – anche nella fase della diretta applicabilità della disposizione europea, dotata di efficacia immediata. Con riguardo all'individuazione delle disposizioni direttamente applicabili, il giudice può fare affidamento sui seguenti criteri.

tale principio, negli spazi non predeterminati dal codice di rito, quale ulteriore garanzia processuale³⁶¹.

(b) Disposizioni direttamente applicabili. L'Unione europea.

La verifica dell'immediata applicabilità delle disposizioni comunitarie si presenta più agevole e lineare, rivelandosi più critica semmai il riconoscimento dell'efficacia diretta delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; criticità destinate ad aumentare con la futura adesione dell'Unione alla Convenzione europea.

3.3. Focus sull'interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme è inequivocabilmente la nota metodologica essenziale ai fini della tenuta e dell'evoluzione del sistema, rappresentando il primo passaggio fondamentale nei casi di disposizioni interne e il suo termine di paragone è necessariamente la Costituzione, nonché l'esegesi della Corte costituzionale; nei casi, invece, di disposizioni inserite nel tessuto normativo europeo, rappresenta il secondo ed ulteriore passaggio metodologico, nella misura in cui la disposizione europea non sia direttamente applicabile. Il termine di paragone, in tale ultimo caso, è dato, in primo luogo dalle fonti europee a cui la disposizione inerisce, nonché l'esegesi della rispettiva Corte ed, in secondo luogo, dal *test* di compatibilità della medesima interpretazione conforme alle fonti europee rispetto alla Costituzione: si può immaginare anche di unificare i due passaggi metodologici all'interno della categoria più ampia dell'interpretazione sistematica, laddove, per dottrina unanime l'interpretazione conforme al diritto europeo, non sarebbe altro che una specie del *genus* interpretazione costituzionalmente orientata.

³⁶¹ Tale è la ricostruzione di VIGANÒ in *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., pp. 617-679, in cui l'autore, oltre a segnalare il caso, qui riportato, riconduce alla diretta applicazione dell'art. 6 Cedu, il divieto, non espressamente previsto dalla disciplina processuale ex art. 512 c.p.p. ss., ma non per ciò incompatibile con essa, di fondare la condanna esclusivamente su dichiarazioni non assunte nel contraddittorio tra le parti. In senso analogo, cfr. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, cit., p. 171. Per quanto tale opzione ermeneutica sia praticabile, occorre procedere con cautela, laddove si tratta, ad ogni modo, di previsioni ulteriori e diverse rispetto al tessuto normativo processuale, con le proprie regole (*id est*: principio di legalità processuale) e delicati equilibri: nulla quaestio, laddove l'applicabilità diretta si traduca in un ulteriore garanzia processuale per l'imputato, ma tale criterio ermeneutico rimane sempre un'opzione radicale, con un substrato creativo ed un ampio margine di discrezionalità.

Ulteriori precisazioni sorgono, laddove si parametri l'interpretazione conforme alla materia penale, in cui l'interprete risulta inevitabilmente vincolato da limiti logici ed assiologici, nel rispetto dei principi garantistici sottesi alla disciplina. *Il primo limite* imposto all'interprete sarebbe di natura *logico*, quale «primo argine a forme di “normazione mascherata”³⁶², nella misura in cui si invita il giudice ad interpretare il dato letterale o lessicale della disposizione, senza torsioni ovvero stravolgimenti del dato letterale, che diano esiti *contra legem*»: tale limite, non solo è pertinente all'interpretazione dei principi penalistici, ma risulta, quanto mai, esportabile in qualsiasi branca del diritto come regola fondamentale sistemica, così come è stato affermato sia nel contesto dell'Unione, ad opera della Corte di Giustizia, con il caso Pupino³⁶³, sia da parte della Corte costituzionale, con riferimento alla Convenzione europea, nella sentenza n. 196/2010³⁶⁴.

Un altro ordine di limiti riguarda il portato *assiologico-valoriale* tipico della materia penale, il cui rispetto non consente al giudice di operare un'interpretazione adeguatrice alla norma europea, nei casi in cui gli esiti interpretativi “che abbiano ricadute peggiorative sulla situazione giuridico-penale del singolo o, viceversa, progetti (ed esiti interpretativi che abbiano effetti favorevoli (vale a dire, interpretazioni con effetti in *malam partem* o in *bonam partem*)”³⁶⁵.

³⁶² Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁶³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, Grande Camera, 16 giugno 2005, Pupino. Per un commento approfondito, cfr., *ex multis*, ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di), Sgubbi, Manes, 2007, p. 53 ss.; CAIANELLO, *Il “caso Pupino”: riflessioni sul ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla corte di Giustizia*, ivi, p. 92 ss.

³⁶⁴ Il rispetto del tenore letterale della disposizione evita di incorrere in interpretazioni distorsive ad appannaggio di una “normazione mascherata”, in cui si giustifica un'interpretazione adeguatrice alla fonte europea, anche a scapito del dato legislativo. Non solo: tramite l'*escamotage* dell'interpretazione adeguatrice del dato letterale, si rischia di porre in essere una diretta applicazione della disposizione europea, anche laddove ciò non sia possibile, finendo per attuare un controllo di legittimità diffuso, che, ad oggi, per quanto auspicato, secondo una più corretta ricollocazione delle fonti del diritto, non è consentito nel nostro ordinamento. Cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196.

³⁶⁵ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20, in cui l'autore precisa che: “una distinzione a cui sono sottesi limiti che non configurano solo i confini dell'interpretazione conforme, ma descrivono anche i limiti del potere di disapplicazione in materia penale e, simmetricamente, il “normale” margine di intervento della Corte costituzionale”. Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 7 gennaio 2004, C-60/02, la cui massima afferma: “L'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario, onde conseguire il risultato conseguito da quest'ultimo, non può, di per sé, indipendentemente da una legge adottata da uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale di un operatore che ha violato le prescrizioni di un regolamento comunitario. Infatti, il detto obbligo trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, e segnatamente in quelli di certezza del diritto e di irretroattività. In particolare, il principio della legalità delle pene, sancito dall'art. 7 Cedu, e che è un principio generale del diritto comunitario,

Si impone al giudice, in primo luogo, di evitare operazioni ermeneutiche della disposizione europea *in malam partem* per una molteplicità di fattori: il primo di essi, di tipo esterno, attiene agli stessi rapporti tra fonti ed al concetto di sovranità, atteso che secondo il principio di attribuzione ed il riparto di competenze, l'ordinamento nazionale, per quanto attiene al diritto comunitario, non ha ceduto la propria competenza a legiferare in termini esclusivi sulla materia penale, escludendo un'efficacia diretta ed immediata degli atti normativi sui requisiti della responsabilità penale, relegando invece all'Unione una competenza di tipo indiretta, che richiede inevitabilmente l'intervento integrativo del legislatore, secondo il principio della competenza indiretta in materia penale, *ex art. 83 TFUE*; due fattori, invece, di tipo interni alla stessa struttura della materia penalistica, il principio costituzionale, *ex art. 25, co. 2 Cost.*, circa la riserva assoluta di legge (nazionale) in materia penale, nonché le garanzie individuali del giusto processo, *ex art. 111 Cost.*, in ragione dei quali risulta precluso al giudice ordinario optare per interpretazioni che producano effetti di incriminazione o di aggravamento della posizione del singolo³⁶⁶.

comune alle tradizioni comuni agli Stati membri, vieta di sanzionare penalmente un comportamento che non sia vietato da una norma nazionale, anche nel caso in cui quest'ultima fosse contraria al diritto comunitario". Nel caso *Pupino*, cit., punti 44 e 45: "Occorre tuttavia rilevare che l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni". Per un approfondimento, cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 20-22.

³⁶⁶ Cfr. C. di Giust. dell'Ue, 8 ottobre 1987, *Kolpinghius Nijmegen*, case C-80/86. Tale ricostruzione garantistica è stata avallata anche dalla Corte di Giustizia sia con riferimento ai regolamenti, nel *leading case Kolpinghius Nijmegen*, sia con riguardo alle direttive (*self-executing* o meno), nel caso X, nonché in relazione alle decisioni quadro, nel *case law Pupino*. Problematica discussa anche in seno alle Sezioni Unite, le quali hanno ribadito il divieto di interpretazioni "comunitariamente orientate" in *malam partem*, anche con riferimento alla mancata attuazione di una direttiva di armonizzazione del settore penale da parte del legislatore, da cui non può dipendere, in nessun caso, un intervento diretto del giudice con effetti espansivi delle disposizioni penali. Tale unanime visione sembrerebbe essere stata sovvertita, o quanto meno, minata, dalla recente decisione Taricco, in cui la Corte di Giustizia – rivolgendosi direttamente al giudice ordinario (e non al legislatore!) – sollecita l'interprete a disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione ed, in particolar modo, le previsioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p., nella misura in cui "dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione" consegua, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, "perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva". Al di là di ulteriori precisazioni che verranno svolte nella prossima sezione, si evidenzia, sin da subito, come tale pronuncia contrasti apertamente con le indicazioni guida sin qui esaminate: la Corte di Lussemburgo si rivolge direttamente al giudice ordinario, violando così il *pactum* fondamentale posto alla base della limitazione di sovranità, di cui agli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.: le scelte di politica criminale rimangono ad appannaggio esclusivo del legislatore nazionale, al quale spetta la decisione ultima e finale

Nulla quaestio, invece, se l'interpretazione estensiva viene svolta *in bonam partem*, tramite il riconoscimento di un *plus* di tutela non espressamente previsto dalle norme interne, come nel caso *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, da cui si è estrapolato dal principio di legalità, *nullum crimen sine lege*, ex art. 7 Cedu, la retroattività della *lex mitior* ovvero come nel caso *Sud Fondi c. Italia*, tramite cui si è ricondotto alle maglie dell'art. 7 Cedu, il principio di colpevolezza³⁶⁷. Altro espediente ermeneutico che il giudice deve valutare con cautela è dato dal ricorso alle presunzioni “comunitariamente

di individuare i mezzi giuridici per adeguarsi agli interessi dell'Unione europea, in una prospettiva di armonizzazione e di applicazioni e uniforme del diritto comunitario. Il *dictum* della Corte si concretizzerebbe, altresì, in un obbligo del giudice ordinario di interpretare la normativa interna in senso peggiorativo, ogniqualvolta siano a rischio gli interessi dell'Unione, andando così a delineare surrettiziamente una disciplina della prescrizione a “due velocità”, a seconda che le violazioni ineriscano gli interessi dello Stato ovvero dell'Unione, con un'evidente violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., accentuata dal fatto che la Corte di Giustizia non fornisce delle indicazioni precise al giudice in ordine alla disapplicazione della norma interna, la cui valutazione finisce per ricadere nella discrezionalità dello stesso giudicante, nonché del principio di legalità, ex art. 25, co. 2 Cost., attesa l'interpretazione maggioritaria a favore della ricostruzione della prescrizione in una dimensione sostanziale, nonché ai principi del giusto processo, laddove l'efficacia retroattiva della disapplicazione possa privare l'imputato dei termini di prescrizione già maturati. Le medesime conclusioni in termini di divieto di interpretazione conforme *in malam partem* si ripropongono anche in sede convenzionale, nella misura in cui sia vietato all'interprete di estendere la portata applicativa di una fattispecie penale, incidendo negativamente sulle garanzie individuali del singolo: il caso più emblematico è dato dall'ammissibilità di un'interpretazione restrittiva delle cause di giustificazione ovvero delle cause di non punibilità, a favore di un'estensione di garanzie convenzionali, come, *in primis*, il diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu in forza, però, del divieto di pervenire ad un esito interpretativo *contra legem* e salvaguardando il requisito della prevedibilità dell'inflizione della sanzione penale per quella condotta, generalmente scriminata ovvero non punita. Con riguardo a tale ultimo inciso, si instaura l'ulteriore corollario, consistente nell'evitare che il ricorso all'interpretazione estensiva da parte del giudice ordinario si riveli un'operazione analogica *in malam partem*, comportando di fatto l'applicazione della fattispecie penale a casi analoghi: come è stato affermato a più voci in dottrina, la compatibilità dell'interpretazione estensiva potrebbe essere fondata, *in primis*, nel rispetto del dato letterale della fattispecie penale e nella sufficiente determinatezza dell'atto comunitario, laddove la disposizione europea inerisce il diritto dell'Unione, nonché nel criterio della prevedibilità e della riconoscibilità del precetto e della sanzione ad opera dei destinatari, ai sensi dell'art. 7 Cedu.

³⁶⁷ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20. Un profilo di criticità potrebbe innestarsi nella misura in cui il livello più elevato di garanzia previsto a livello convenzionali collida con i principi costituzionali, così come sancito dalla pronuncia *Contrada* (n.3) *c. Italia*, nella misura in cui si è assimilato al concetto di “legge”, anche l'interpretazione giurisprudenziale che, in un'ottica convenzionale, concorre, al pari della legge, a formare il precetto penale e, come tale, deve quindi essere prevedibile e riconoscibile: in tale caso, il mutamento giurisprudenziale retroattivo esplicava effetti in *malam partem* per l'imputato e, la sua riconduzione sotto la copertura dell'art. 7 Cedu, ha assicurato uno *standard* di tutela più elevato rispetto al corrispettivo principio costituzionale di cui all'art. 25, co. 2 Cost., con cui, tuttavia, collide apertamente. Un ulteriore effetto distorsivo delle fonti europee, è emerso nella tecnica delle c.d. disapplicazioni *in malam partem* di disposizioni non dotate di efficacia diretta, come nello stesso caso Pupino, per effetto di un'interpolazione di un'ipotesi di ammissibilità dell'incidente probatorio non prevista dagli artt. 392 e 398 c.p.p., motivata da una tendenza giurisprudenziale ad adeguare il codice di rito alla Decisione quadro 2001/220/GAI ovvero in tema di mandato d'arresto europeo, nella misura in cui la giurisprudenza di legittimità mirava a collimare le differenze intercorrenti tra la legge di esecuzione n. 69/2005 alla Decisione quadro 2005/584/GAI, andando a disapplicare i motivi di rifiuto previsti nella normativa nazionale, ma non sanciti dalle relative disposizioni comunitarie, tramite, quindi, un'operazione ermeneutica sostanzialmente *contra legem*.

orientate”, a cui ancorare il proprio *iter* argomentativo, senza motivare la propria determinazione sui profili essenziali e costitutivi della fattispecie penale: basta pensare al riferimento alle direttive comunitarie in fatto di riciclaggio, le quali – ai fini dell’accertamento probatorio dell’elemento soggettivo – rimandano laconicamente alle “circostanze di fatto obiettive”, autorizzando così il giudice a procedere ad una valutazione superficiale delle risultanze probatorie³⁶⁸.

Oltre al criterio sistematico, privo di qualsiasi fallacia interpretativa, il giudice può far ricorso agli altri canoni ermeneutici: (a) il dato letterale rappresenta, come si è ampiamente esposto sopra, il punto di riferimento per l’interprete, oltre cui qualsiasi operazione ermeneutica risulta un’indebita attribuzione di valutazioni di politica criminale, ad appannaggio esclusivo del legislatore, nonché della Corte costituzionale, nei limiti del giudizio incidentale di legittimità costituzionale; (b) il criterio storico, ovvero la *voluntas legis* dovrebbe, secondo la dottrina, subire un ridimensionamento: la ricerca della volontà del legislatore storico dovrebbe cedere il passo ad altri criteri ritenuti più utili e compatibili, ai fini di una lettura convenzionalmente orientata.

I canoni ermeneutici *sub* (a) e *sub* (b), infatti, vengono oggi rilette non più, come nella tradizione internazionalistica, quali strumenti per violare gli impegni internazionali, ma quali indici dell’impegno politico del legislatore nell’adesione ai vincoli giuridici sul piano internazionale; (c) la funzione teleologica sottesa alle disposizioni dovrebbe essere riletta, tenendo in considerazione anche il nuovo scenario giuridico, dal quale discendono obblighi e vincoli di adeguamento dell’ordinamento interno alle fonti europee³⁶⁹.

Laddove, in ultima analisi, tali criteri ermeneutici non fossero sufficienti ai fini di una corretta interpretazione *convenzionalmente/comunitariamente orientata* e l’esito interpretativo collidesse con i principi costituzionali, sorge in capo al giudice l’obbligo – in ragione della bipartizione dei ruoli tra giudice ordinario e giudice costituzionale – di rimettere la questione alla Corte costituzionale, la quale deve vagliare la compatibilità della norma interna rispetto alla fonti europee, risolvendo in tal modo l’antinomia sollevata dal giudice *a quo*: potrebbe, altresì, sindacare la conformità della disposizione

³⁶⁸ Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 20.

³⁶⁹ Cfr. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., pp. 617-679.

europea rispetto ai principi costituzionali, opponendo, a sua volta, la teoria dei contro limiti³⁷⁰.

³⁷⁰ Un profilo da non sottovalutare, atteso come il *trend* costituzionale degli ultimi anni si ponga in un'ottica antitetica rispetto alla progressione della giurisprudenza sovranazionale: basta pensare alle questioni delle "pensioni svizzere", con la pronuncia n. 264/2012 ovvero alle recente sentenza dell Corte costituzionale n. 49/2015 in materia di confisca urbanistica *post Varvara c. Italia*. Potenziale conflitto "al vertice" avrebbe potuto generarsi a seguito dell'esecuzione della pronuncia *Contrada* (n. 3) *c. Italia*, con cui la giurisprudenza convenzionale riscrive il principio di legalità in maniera tale da ricomprendervi anche il formante giurisprudenziale; altamente probabile, invece, sui risvolti applicativi del caso Taricco, attualmente pendenti dinnanzi alla Corte costituzionale.

Sezione II

Il giudicato e l'unione europea

3.4. I *cases law* della Corte di Giustizia dell'Unione europea: dal caso *Berlusconi e El Dridi*.

Sul versante comunitario, la prima enfattizzazione del principio di retroattività della *lex mitior* (ad onore del vero, applicato alla fattispecie incriminatrice e non alla pena, come qui di interesse) si ha con la già citata – per altri aspetti, in apertura – sentenza *Berlusconi e altri*³⁷¹. In tale occasione, la Corte di Lussemburgo riconduce il principio di retroattività *in mitius* all'interno dei principi generali del diritto, parti integrante del diritto (originario) dell'Unione³⁷²: come tale, quindi, il principio “deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica anche il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario”³⁷³.

Come ricorda, inoltre, la dottrina, i giudici di Lussemburgo non motivano tale scelta interpretativa (paradossalmente) in forza dell'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali, quanto per la strada delle tradizioni costituzionali comuni³⁷⁴: a contrario, la valorizzazione della (diretta) operatività dell'art. 49 della Carta consente la massima valorizzazione del principio della retroattività della *lex mitior*, laddove il contenuto

³⁷¹ In realtà nei confronti di tale sentenza, la dottrina si è esposta in termini piuttosto critici, cfr. INSOLERA-MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, p. 2768, nonché MANACORDA, “*Oltre il falso in bilancio*”: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 253 ss. Come brevemente si è già esposto, si controverteva in ordine alla compatibilità delle nuove fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 cod. civ., così come riformate dal legislatore del 2002 in relazione all'art. 6 della Prima Direttiva 68/151/CEE sull'adeguatezza delle sanzioni per violazioni del diritto comunitario in materia di diritto societario: i principi contrastanti sono, in tale caso, la primazia del diritto comunitario (anche a scapito di effetti in *malam partem*) e l'applicazione della disposizione normativa più favorevole in caso di successioni di più leggi sulla stessa materia. Laddove infatti si giungesse ad una disapplicazione delle disposizioni interne, perché ritenute incompatibili, si giungerebbe all'applicazione di una sanzione penale manifestatamente più pesante”: ciò “contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano [...], che una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati”. Corte di Giustizia dell'Ue, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, C-387/02, C-391/0 e C-403/02, § 68.

³⁷² Così, § 66 ss. della pronuncia, Corte di Giustizia dell'Ue, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cit.

³⁷³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cit., § 69.

³⁷⁴ Ai sensi dell'art. 49 della Carta infatti si cita testualmente che “Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. Per un approfondimento, in tal senso, cfr. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 167.

testuale si presenta *tranchant*, assicurando un livello di tutela maggiore rispetto al parallelo dato convenzionale (*id est*: art. 7, § 2 Cedu, per cui “Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un *crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”)³⁷⁵.

Decisiva la Corte di Giustizia dell’Unione europea, nel *leading case El Dridi*³⁷⁶. Secondo lo schema concettuale esposto in precedenza, con il caso *El Dridi*, il giudice ordinario, nell’impossibilità di addivenire ad un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione, solleva rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, al fine di vagliare la compatibilità della norma interna, *ex art. 14, co. 5-ter t.u. imm.*, rispetto agli scopi ed ai principi della Direttiva comunitaria c.d. “rimpatri” 2008/115/EC del 16 dicembre 2008, non trasposta da parte del legislatore italiano, nonostante lo spirare del termine ultimo di adeguamento (*id est*: 24 dicembre 2010). Gli artt. 15 e 16 della Direttiva, però, risultano *self-executing*, trattandosi di disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate³⁷⁷. In ragione della mancata trasposizione, da parte del Governo italiano,

³⁷⁵ Cfr. sul punto, MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, cit., p. 167.

³⁷⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell’Ue, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*. Per un riferimento bibliografico, cfr., *ex multis*, BARBERINI-CASUCCI, *La Corte di Giustizia dichiara l’incompatibilità tra i reati previsti dall’art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, doc. 551.1; DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2011; GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell’ordinamento italiano*, *ivi*, 21 giugno 2011; COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, *ivi*, 24 giugno 2011; NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, *ivi*, 21 giugno 2011; ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell’immigrazione*, Strozzi (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010; ID., *Se una notte d’inverno un ... sans papiers. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri”*, *ivi*; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 1 ss.; EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione – Intervento nel dibattito*, in *Dir. pen. cont.*; GATTA, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 11 ss.; ID., *Il “reato di clandestinità” (art. 10 bis T.U.IMM.) e la “direttiva rimpatri”*, *ivi*; LEO, *Illegittima la punizione dell’inottemperanza all’ordine “reiterato” di allontanamento quando ricorre un “giustificato motivo”*, *ivi*; MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14 – considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C -61/11) e il suo impatto sull’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*; VIGANÒ, *Disapplicazione dell’art. 14 co. 5-ter e quater, sette repliche ad altrettante obiezioni*, Relazione all’incontro di studio organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati della Corte d’Appello di Bologna il 18 febbraio 2011, *ivi*; ID., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell’ordine di allontanamento*, *ivi*; ID., *Qualche replica “a caldo alle obiezioni sollevate nel dibattito in corso*, *ivi*; MASERA-VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 2 ss.

³⁷⁷ Come è noto, infatti, la Direttiva “rimpatri” delinea una serie di prescrizioni e regole volte all’armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di immigrazione ed, in particolar modo, in ordine alla regolamentazione delle procedure di rimpatrio di cittadini non comunitari presenti

della Direttiva, alla scadenza del termine ultimo, fissato per il 24 dicembre 2010, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa la compatibilità della normativa interna in materia di immigrazione ed, in particolar modo, in relazione all'art. 14 T.U. imm., rispetto agli artt. 15 e 16 della Direttiva, i quali, pur essendo contenuti in una direttiva non trasposta ed attuata dal legislatore, presentavano tutti i requisiti (*id est*: sufficiente determinatezza e precisione) da poter essere considerati direttamente *self-executing*³⁷⁸.

Secondo un primo filone interpretativo, l'incompatibilità dell'art. 14, co. 5-*ter* e *quater* t.u. imm. sarebbe di *natura indiretta*, derivando non tanto dalla non conformità della norma penale testè citata, rispetto alle disposizioni comunitarie, quanto dalla

illegalmente sul territorio dell'Unione, secondo il rispetto di due fondamentali direttrici: (a) l'effetto "utile" della Direttiva, per il tramite dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale, nei margini della discrezionalità politica, nella scelta dei mezzi giuridici predisposti a tal fine, assicurando un'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie in materia di immigrazione; (b) i diritti fondamentali dello straniero, secondo gli standard internazionali, espressi, *in primis*, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (*id est*: principio di proporzione, *ex art.* 49), nonché dai principi generali del "*Community law* e del diritto internazionale". In altri termini, la Direttiva "rimpatri" mira a contemperare l'esigenza di garantire l'allontanamento dei cittadini extracomunitari non regolati dai territori dell'Unione, secondo meccanismi e procedure gradualmente che consentano la salvaguardia dei diritti umani degli stranieri. In conformità agli scopi ed ai principi generali della Direttiva, al punto 6 del preambolo, si precisa come le valutazioni circa la procedura da adottare debba essere parametrata al caso concreto ed, inoltre, si predilige un approccio graduale nelle modalità di intervento, secondo i seguenti capisaldi: (a) preferire il rimpatrio volontario a quello forzato; (a1) nel caso in cui, tuttavia, vi sia il rischio concreto che il soggetto possa sottrarsi alle procedure di allontanamento ovvero che lo stesso possa costituire un pericolo per l'ordine pubblico, pubblica sicurezza o sicurezza nazionale, il rimpatrio volontario può essere negato in favore di quello forzato oppure può essere concesso allo straniero un termine, non inferiore a 7 giorni, per effettuare la partenza in modo volontario; (b) garantire nelle more della procedura del rimpatrio una specifica e qualificata fase di assistenza e consulenza; (c) il trattenimento può essere disposto, solo laddove altri mezzi meno coercitivi non siano praticabili, nel rispetto del principio di proporzionalità dei mezzi impiegati ed agli scopi perseguiti, nonché a tutela dei diritti fondamentali della persona, predisponendo centri di detenzione temporanea (CPT) in cui collocare, nelle more dell'iter procedurale di allontanamento, gli stranieri; (d) garantire informazione ed assistenza legale, al fine di assicurare la protezione degli interessi individuali avverso le decisioni di rimpatrio, in modo che siano preservate le garanzie legali, definite secondo standard minimi comuni, nell'ambito della procedura esecutiva della misura stessa. Con riguardo, in particolare, allo status di detenzione temporanea, si precisa, ai sensi degli artt. 15 e 16, della Direttiva che: (a) il trattenimento debba essere disposto nel rispetto del principio di residualità o di *extrema ratio*, solo laddove, nel caso concreto non siano praticabili altre misure meno coercitive; (b) la detenzione è consentita solo al fine di preparare il rientro o effettuare l'allontanamento ed in ragione della sussistenza dei presupposti oggettivi, tra cui (i) rischio di fuga, (ii) aggiramento o altri impedimenti frapposti dal destinatario alla preparazione del rientro; (b) il trattenimento, inoltre, deve essere attuato, in conformità dei requisiti (i) cronologici, ovvero nei limiti di un periodo il più breve possibile e comunque non superiore a sei mesi prorogabile al massimo di ulteriori dodici mesi, per un arco temporale complessivo di diciotto mesi, nonché in linea con i criteri (ii) analogici, ovvero soltanto per la durata dei preparativi e dell'esecuzione materiale delle operazioni strumentali al rientro, seguendo gli schemi operazionali per gli aspetti formali, procedurali, nonché logistici.

³⁷⁸ Cfr. DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, cit., p. 10, nonché VIGANÒ-MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1410 ss.

relativa procedura di espulsione, nella misura in cui si consentiva l'emanazione di un ordine di allontanamento da parte del questore, nelle more della procedura amministrativa di espulsione: l'illegittimità dell'ordine di allontanamento emesso nelle more del procedimento amministrativo inficiava la validità dello stesso decreto di espulsione, sancito dal prefetto, invalidando, pertanto, l'intero *iter* di espulsione³⁷⁹.

A tale orientamento, si aggiungeva un'ulteriore ricostruzione che propendeva per identificare il profilo di incompatibilità diretta dell'art. 14, co. 5-*ter* e *quater* T.U. imm., nella misura in cui si sanzionava con la pena della reclusione fino a quattro anni la mera inottemperanza all'ordine di allontanamento, emesso – tra l'altro – nelle more del procedimento amministrativo di espulsione³⁸⁰. Sul versante opposto, una parte della dottrina negava una portata applicativa diretta della Direttiva, contestando, da una parte l'efficacia *self-executing* della stessa, ritenuta non sufficiente precisa ed incondizionata³⁸¹, negando, dall'altra, l'idoneità allo strumento giuridico della direttiva di incidere sulla materia penale, con effetti diretti ed immediati, nonché in base agli artt. 2 e 8 della Direttiva, per cui si attribuiva agli Stati ampi margini di discrezionalità nell'applicazione della procedura, così come esposta, alle persone sottoposte a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, ovvero a procedura

³⁷⁹ Si vedano, a titolo d'esempio, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Rovereto, 17 gennaio 2011; Tribunale di Torino, 8 gennaio 2011, consultabili in *Dir. pen. cont.*; Tribunale di Verona, 20 gennaio 2011; Corte di Appello di Ancona, 31 gennaio 2011; Tribunale di Bologna, 29 dicembre 2010, consultabili, *ivi*. Per un riferimento più approfondito, cfr. DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo*, cit., pp. 12-13. secondo altri, invece, l'ordine di allontanamento, pur se in origine valido, sarebbe divenuto, in ogni caso, illegittimo, in un momento successivo alla sua emanazione, non potendo più, quindi, costituire una base giuridica legale per fondare una responsabilità penale in caso di violazione. Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, in *Cass. pen.* 2008, pp. 898 ss., per un commento cfr. DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo*, cit., pp. 11-12.

³⁸⁰ L'illegittimità della procedura di espulsione veniva fatta derivare alternativamente o dalla stessa ratio normativa, per cui secondo l'impianto originario del t.u. imm. (*id est*: D.lgs. n. 286/98), si prediligeva l'espulsione coattiva, a forme meno coercitive di allontanamento volontario, o, dalla più specifica previsione inerente il termine di minimo di cinque giorni previsto *ex lege* per consentire l'allontanamento volontario, rispetto all'analogo termine comunitario, non inferiore al termine di sette giorni. Il *punctum dolens*, secondo tale orientamento, era dato dall'individuazione del regime applicabile con riferimento alle ipotesi in cui la violazione dell'ordine di allontanamento avesse avuto inizio prima del 25 dicembre 2010, ovvero sia precedentemente alla scadenza del termine per l'attuazione della Direttiva: secondo alcuni autori, tale ordine risultava legittimo, attesa la sua emanazione in un arco temporale in cui la direttiva non avrebbe potuto esplicare effetti diretti, anche se di natura *self-executing* e, pertanto, non si riconosceva valenza al principio di retroattività della *lex mitior* ad una fonte indiretta, trattandosi di una c.d. "modificazione mediata". Cfr. Tribunale di Bologna, 16 marzo 2011; Tribunale di Torino, 3 gennaio 2011; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, 7 febbraio 2011, consultabili in *Dir. pen. cont.* Per un riferimento più approfondito, cfr. DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo*, cit., pp. 11-12.

³⁸¹ Cfr. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e articolo 14 t.u. immigrazione, intervento nel dibattito*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2011; FOCARDI, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5 quater d.lgs. 286/98*, *ivi*, 11 gennaio 2011.

penale ed, inoltre, in virtù della contro argomentazione, per cui, ai sensi dell'art. 8, la Direttiva avrebbe ad oggetto esclusivamente il profilo amministrativo del trattenimento temporaneo nei CIE e non, quindi, la previsione di sanzioni penali³⁸².

In ragione della difformità delle soluzioni prospettate sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, nonché sul piano operativo dalla stessa pubblica amministrazione, costretta a fronteggiare situazioni di emergenza in uno stato di assoluto disorientamento, con ordinanza del 2 febbraio 2011, la Corte di Appello di Trento – sezione penale – rimette alla Corte di Giustizia, per il tramite della procedura di rinvio pregiudiziale, i seguenti quesiti: “[...] se alla luce dei principi di leale collaborazione all’effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino: 1. alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente; 2. alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell’interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l’ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall’autorità amministrativa”³⁸³.

³⁸² Cfr. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e articolo 14 t.u. immigrazione, intervento nel dibattito*, cit.; FOCARDI, *Ancora sull’impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all’artt. 14 co. 5-ter e 5 quater d.lgs. 286/98*, cit.

³⁸³ Cfr. Corte di Appello di Trento, sezione penale, ord. 2 febbraio 2011, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2011. Come è noto, l’ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, trae origine dal procedimento penale *sub* nr. 451/10 R.G. a carico di *El Dridi Hassen, alias* Karim Soufi, il quale era stato condannato in primo grado, dal Tribunale di Trento, in composizione monocratica, all’esito di giudizio abbreviato, alla pena di anni uno di reclusione in relazione al reato di cui all’art. 14, co. 5-ter del D.lgs. n. 286/98 per essere stato sorpreso dalle forze dell’ordine, in data 29 settembre 2010, sprovvisto di documenti sul territorio trentino, dopo essere stato colpito da un ordine di allontanamento del questore di Udine, emesso in esecuzione del decreto di espulsione del prefetto di Torino, in data 8 maggio 2004. Nel caso in esame, a ben vedere, secondo il giudice a quo, il provvedimento del questore era stato motivato dall’impossibilità di procedere ad un accompagnamento alla frontiera di El Dridi e di detenere temporaneamente lo stesso in un centro di detenzione temporanea (CPT) e, rilevando la sussistenza di un pericolo di fuga, atteso che El Dridi “era plurisedicente, privo di stabile occupazione in Italia, slegato da interessi specifici di tipo familiare o lavorativo, già condannato per fatti di droga, sicchè si trovava nelle condizioni più favorevoli per eludere e tornare in clandestinità”, aveva predisposto un breve termine di cinque giorni per dar luogo al rimpatrio: pur evidenziando l’esiguità dei giorni concessi ai fini del rimpatrio, termine inferiore rispetto all’analogo range temporale indicato dalla Direttiva (dai sette ai trenta giorni), l’iter procedurale seguito nel caso El Dridi si palesa di per sé conforme ai principi della Direttiva, atteso che, nel caso di specie sussistevano i requisiti oggettivi (*id est*: pericolo di fuga) idonei a giustificare un termine ridotto ai fini della procedura di rimpatrio. Ciò che, invece, il giudice rimettente palesa è, invece, la stessa compatibilità della previsione normativa interna sotto due profili: (a) la possibilità di sanzionare penalmente l’inottemperanza di un ordine di allontanamento da parte del questore nelle more di un procedimento amministrativo, a capo del prefetto; (b) la sanzionabilità fino a

Con l'opinione dell'Avvocato generale, Jan Mazak, del primo aprile 2011, si prende posizione rispetto alle tesi sostenute dal giudice rimettente, specificando, *in primis*, la piena applicabilità della Direttiva anche al caso in esame: non può trovare applicazione, al contrario, l'art. 2 della Direttiva, derogatorio rispetto alle garanzie comunitarie, solamente nella misura in cui il rimpatrio sia eseguito come sanzione penale ovvero in caso di estradizione; nel caso di specie, invece, l'obbligo di rimpatrio si innestava su un procedimento amministrativo, mentre la rilevanza penale si fondava sulla mera inottemperanza al provvedimento amministrativo³⁸⁴.

La Corte di Giustizia dell'Unione, parzialmente aderendo all'opinione dell'Avvocato generale, riconosce effetto diretto alle disposizioni della Direttiva, attesa la sua natura *self-executing*. Conformemente a quanto esposto dall'Avvocato generale, riconduce la questione sotto il profilo dell'art. 8 della Direttiva, precisando come, per quanto la Direttiva riconosca in capo agli Stati la potestà di disporre sanzioni penali dirette a dissuadere i cittadini non comunitari a soggiornare illegalmente sul territorio dell'Unione, ribadisce come queste misure non possano inficiare il fine ultimo della Direttiva ed ostacolarne l'esecuzione. Con particolare riferimento, poi, alla misura di cui all'art. 14, co. 5-ter T.U.imm., la Corte rileva un'evidente situazione di incompatibilità rispetto ai principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti, atteso che la sanzione penale finisce ad essere un rimedio all'ineffettività degli altri strumenti non coercitivi previsti nell'*iter* di allontanamento coattivo; misura che rischia – come ricorda anche la Corte stessa – di “compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva”³⁸⁵, ovvero sia l'allontanamento dello straniero, ritardando, altresì, l'esecuzione del rimpatrio, cui lo

quattro anni di reclusione per la mancata cooperazione al rimpatrio volontario, a seguito di un ordine di allontanamento.

³⁸⁴ Attesa la non applicabilità dell'art. 2, l'Avvocato generale riconduce la questione sotto l'art. 8 della Direttiva, nella misura in cui si interroga circa l'effettivo perseguimento del fine comunitario: le misure predisposte dalla legislazione italiana risultano idonee al perseguimento dell'effetto utile della Direttiva, ovvero sia la regolamentazione lineare ed uniforme della procedura di rimpatrio, o, viceversa, costituiscono un ostacolo ad un suo raggiungimento? Seguendo le motivazioni addotte dal Governo italiano, la previsione dell'art. 14, co. 5-ter t.u. imm. non veniva giustificata in un'ottica funzionale all'esecuzione degli obblighi comunitari, bensì ricostruita quale risposta alla repressione dell'inottemperanza di un ordine della pubblica autorità incompatibile con gli scopi enunciati dalla Direttiva medesima: la previsione dell'art. 14, co. 5-ter t.u. mm. non risulta, quindi, incompatibile con gli artt. 15 e 16 della Direttiva, nella misura in cui non rispecchia né i limiti cronologici, né le condizioni oggettive, ma perché finisce per rivelarsi una misura ostativa alla stessa procedura di rimpatrio, interrompendo il suo corso e ritardando il suo risultato ultimo. Cfr. Opinione dell'Avvocato generale, Jan Mazak, 1 aprile 2011, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2011, punti 20 ss.

³⁸⁵ Cfr. C. di Giustizia dell'Ue, 28 aprile 2011, *El Dridi* causa C-61/11 PPU, §§ 29-30 ss.

Stato è tenuto in forza della direttiva medesima. A conclusione del proprio ragionamento, la Corte individua nel giudice ordinario il naturale destinatario delle proprie indicazioni: il giudice è, infatti, chiamato ad “applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell’Unione e di assicurarne la piena efficacia”, e a tal fine, deve “disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo”, tenendo in considerazione, il “principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”³⁸⁶.

3.4.1. (Segue) Soluzioni interpretative: la tenuta del giudicato.

All’indomani della sentenza, dottrina e giurisprudenza si interrogarono circa la sorte della norma dichiarata incompatibile dalla Corte di Lussemburgo, nella pronuncia testè esaminata³⁸⁷.

Il canone ermeneutico di risoluzione dei conflitti tra norme, interne e comunitarie, è dato – come già si è detto in precedenza – dalla *disapplicazione*: lo schema della disapplicazione segue il principio gerarchico delle fonti, in virtù del quale la norma che deriva dalla fonte di grado superiore prevale su quella di grado inferiore (*id est: lex superior derogat inferiori*)³⁸⁸. Laddove, quindi, l’antinomia si verifichi tra una norma incriminatrice interna ed una disposizione comunitaria, il criterio da seguire

³⁸⁶ Cfr. C. di Giustizia dell’Ue, 28 aprile 2011, *El Dridi*, cit. Per completezza del quadro, è opportuno annotare anche una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione del 6 ottobre 2016, Paoletti e a., case C-218/2015: il caso origina dal rinvio pregiudiziale, con cui il Tribunale di Campobasso rivolge alla Corte di Lussemburgo al fine di chiarire la questione della configurabilità di un’*abolitio criminis* rispetto ai fatti di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di cui all’art. 12, co. 3 e 3-bis t.u. imm. aventi ad oggetto cittadini rumeni (e realizzati fino al 2006), atteso l’ingresso della Romania nell’Unione europea. Le conclusioni della Corte sono negative (così, come lo erano state le conclusioni delle Sezioni Unite). La sentenza merita essere annoverata per le argomentazioni sul rango del principio di retroattività della *lex mitior* in ragione non tanto delle tradizioni costituzionali comuni, quanto in base all’art. 4 della Carta europea dei diritti fondamentali. Un tipo di argomentazione che la dottrina auspicava in merito alle già citate sentenze della Corte di Giustizia, nei casi Berlusconi e altri e El Dridi.

³⁸⁷ Un dato fu evidente in modo univoco: l’esigenza di superare l’antinomia giuridica tra la previsione interna e le disposizioni della Direttiva, portò la riflessione verso il ripensamento dell’assetto delle fonti del diritto, non più concepite secondo lo schema tradizionale dualistico, ovvero sia due ordinamenti giuridici distinti e separati, ma verso, invece, la costruzione di un *acquis* comune, rappresentato da un unico ordinamento integrato.

³⁸⁸ Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell’ordinamento italiano*, cit., nonché COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, cit.; NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, cit.

è di tipo gerarchico, con prevalenza della fonte sovranazionale rispetto ad analoga fonte nazionale: la norma interna deve, infatti, essere disapplicata dal giudice ordinario, con applicazione della disposizione comunitaria, senza con ciò, tuttavia, inficiare sulla validità della norma, la quale, per effetto della sopravvenuta incompatibilità, giace in una situazione di “quiescenza”, destinata a venire meno, solamente in caso di abrogazione delle disposizioni della direttiva, ad opera di una direttiva e/o atto normativo comunitario successivo, ovvero, nel caso – più astratto – dall’uscita dell’Italia dall’Unione.

In entrambi i casi, la norma incriminatrice tornerebbe ad esplicare la propria efficacia, sopita per effetto dell’incompatibilità comunitaria. Secondo parte della dottrina, è opportuno distinguere le antinomie tra norme e fonti, tra quelle c.d. “forti” e quelle “deboli”: le prime si hanno quando ricorre un vizio connesso all’inosservanza di norme sulla produzione legislativa, rimovibile per il tramite di un organo giurisdizionale in ordine all’annullamento della norma di grado inferiore non conforme al livello gerarchico delle fonti; le seconde, invece, sono risolvibili dallo stesso interprete (*id est*: giudice), atteso che il vizio, non inerisce più la non conformità del rispetto del livello gerarchico della norma inferiore rispetto ad una fonte sovraordinata, bensì una difformità insita tra norme dello stesso livello, situazione superabile tramite il ricorso al criterio cronologico, con la prevalenza della legge successiva rispetto alla precedente, oppure al principio della *lex specialis*³⁸⁹.

Oltre alle due forme tradizionali di antinomie, per effetto dell’incidenza del sistema multilivello delle fonti del diritto, si possono rinvenire anche nuovi ed ulteriori conflitti normativi, definiti dalla dottrina come antinomia “forti-deboli”: l’antinomia, in tal caso, sussisterebbe tra norme di grado diverso, il cui nodo problematico può essere risolto direttamente dal giudice, all’interno del proprio *iter* argomentativo, ai fini della decisione nel caso concreto, senza l’ausilio di un organo giurisdizionale, chiamato a decidere appositamente sulla validità delle norme³⁹⁰. Secondo tale antinomia “ibrida”, verrebbe, quindi, a spiegarsi il meccanismo di disapplicazione della norma interna incompatibile rispetto alla fonte comunitaria, ad opera del giudice ordinario. In ragione

³⁸⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell’ordinamento italiano*, cit.

³⁹⁰ Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell’ordinamento italiano*, cit.

della peculiarità del contrasto norma interna-comunitaria, una parte della dottrina avrebbe ricondotto tale fenomeno all'istituto dell'*abolitio criminis*, di cui all'art. 2, co. 2 c.p., nella misura in cui, pur riconoscendo le diversità insite nelle due tipologie di antinomie, evidenzia, come di fatto, la disapplicazione di una norma incriminatrice ad opera della declaratoria di incompatibilità da parte della Corte di Lussemburgo, avrebbe prodotto gli effetti tipici dell'abrogazione: un'*abolitio* sostanziale, un *tertium generis*, tra la tipica abrogazione *ex art. 2, co. 2 c.p.* e la declaratoria di illegittimità costituzionale, i cui effetti, però, sostanzialmente sarebbero i medesimi, nella misura in cui, per effetto della pronuncia *El Dridi*, il giudice è tenuto a disapplicare la norma incompatibile rispetto ad una fonte successiva, se pur di grado sovraordinato³⁹¹. Parte della dottrina, infatti, ha ricostruito la questione, tramite il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., nella misura in cui – se in esecuzione di pena – l'effetto sostanziale della disapplicazione della norma incriminatrice dichiarata incompatibile comporta la materiale scarcerazione del detenuto, con la revoca della sentenza di condanna, al pari dell'*abolitio criminis* e della declaratoria di illegittimità costituzionale³⁹².

L'assimilazione della declaratoria di incompatibilità al diritto dell'Unione di una norma incriminatrice ad un'ipotesi "sui generis" di *abolitio criminis* risiede nel fatto che l'effetto disapplicativo travolge anche il giudicato penale di condanna, comportando, come si diceva, sia la materiale scarcerazione dell'imputato, se in esecuzione di pena detentiva, e, se in corso di giudizio, l'assoluzione dell'imputato, con la formula assolutoria "perché il fatto non costituisce più reato"³⁹³.

³⁹¹ La natura ibrida di tale *abolitio* è evidente, laddove al tradizionale criterio cronologico, quale elemento risolutivo dell'antinomia tra norme dello stesso livello, si aggiunge il criterio gerarchico a dar luogo ad un'antinomia forte-debole, la cui soluzione, per effetto della disapplicazione, risiede nell'opera interpretativa del giudice. Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, cit.

³⁹² Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, cit.

³⁹³ Con riguardo, in particolar modo, ai processi penali in corso, l'effetto materiale è l'immediato proscioglimento dell'imputato, pronunciato con la formula assolutoria "perché il fatto non costituisce più reato" ovvero "perché il fatto non sussiste" a seconda dell'intervallo di tempo, in cui si colloca la condotta, precisamente: (i) se la condotta storica è precedente al 24 dicembre 2010, termine ultimo di adeguamento da parte dell'Italia alla Direttiva "rimpatri", e il procedimento penale è in corso, il giudice deve dichiarare immediatamente anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, *ex art. 129 c.p.p.* che "il fatto non è più previsto dalla legge come reato"; ovvero con la stessa formula il giudice è tenuto a pronunciare l'assoluzione dell'imputato, *ex art. 530 comma 1 c.p.p.*, all'esito dell'attività dibattimentale; (ii) se la condotta, invece, si colloca successivamente al termine di cui sopra, la formula assolutoria

Con riferimento, invece, all'ipotesi in cui il prevenuto stia scontando la pena della reclusione, in forza di una pronuncia di condanna passata in giudicato, la dottrina ha fatto ricorso all'applicazione – per via analogica – dell'art. 673 c.p.p.: *nulla quaestio*, per le sentenze divenute irrevocabili prima del 24 dicembre 2010, laddove, per effetto dell'intervenuta declaratoria di incompatibilità, il giudice sia tenuto a revocare la condanna, emessa in forza di un titolo esecutivo non più eseguibile, perché il fatto posto alla base non è più previsto dall'ordinamento come reato, pronunciando *de plano, ex artt. 666, co. 3 e 4 c.p.p.*, l'accoglimento dell'istanza del prevenuto, senza dover necessariamente procedere alla sua previa audizione³⁹⁴.

La dottrina si è interrogata circa la soluzione da adottare nella peculiare ipotesi in cui la pronuncia sia stata emessa a seguito della scadenza del termine di trasposizione della direttiva, ma prima della sentenza della Corte di Giustizia ed il giudice della cognizione abbia ommesso di pronunciarsi sulla disapplicazione oppure si sia determinato nel senso di escluderla: in tale situazione, la dottrina si è chiesta quale sia l'ambito operativo del giudice dell'esecuzione, che interviene in una fase successiva, sulla base di una presa di posizione del giudice della cognizione, ostativa ad un suo intervento contrario, secondo gli schemi generali dell'esecuzione penale³⁹⁵.

La dottrina, nonché la giurisprudenza di merito, ha precisato come sia indifferente la determinazione del giudice della cognizione, ciò che rileva, ai fini della revoca della sentenza di condanna in esecuzione, sia che la condotta sia stata posta in essere successivamente al 24 dicembre 2010, momento in cui – per effetto della scadenza del termine di trasposizione – la Direttiva rimpatri, limitatamente agli artt. 15 e 16, è divenuta direttamente applicabile, facendo sorgere in capo all'autorità statuali, compreso il giudice, l'obbligo di disapplicazione della norma incompatibile, attesa la natura di norme *self-executing* delle disposizioni comunitarie³⁹⁶.

pronunciata sarà del tenore “perché il fatto non sussiste, sempre ai sensi degli artt. 129 c.p.p. ovvero 530, co. 1 c.p.p., a seconda della fase processuale.

³⁹⁴ Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell'ordinamento italiano*, cit.

³⁹⁵ Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell'ordinamento italiano*, cit.

³⁹⁶ La ricostruzione dell'antinomia norma interna-comunitaria in termini di *abolitio criminis*, seppur “sui generis”, consente di superare le contro-argomentazioni della dottrina, la quale, pur riconoscendo delle assonanze tra i due fenomeni, prende le distanze da una possibile riconduzione dell'incompatibilità comunitaria all'interno della figura dell'*abolitio*. Una delle argomentazioni viene ricercata nell'inciso della Corte di Giustizia, nella misura in cui invita il giudice ordinario a tenere conto, ai fini della disapplicazione, del principio della retroattività della *lex mitior*: tale raccomandazione,

Le criticità dell'intervenuta incompatibilità dell'art. 14, co. 5-ter T.U. imm., invece, che trovare una parziale soluzione per effetto dell'intervento del legislatore, aumentano ulteriormente, atteso che con il decreto legge 16 giugno 2011, n. 143, in materia di "Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari", il legislatore è intervenuto sull'art. 14, co. 5-ter e *quater* T.U. imm., solamente prevedendo la sostituzione della pena detentiva con la (sola) pena pecuniaria, relegando l'ipotesi dell'espulsione a misura sostitutiva della pena principale e riscrivendone la competenza a favore del giudice di pace.

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma, la dottrina si è interrogata sulla qualificazione normativa della nuova previsione, che, in astratto, farebbe pensare ad un'ipotesi esemplificativa dell'art. 2, co. 3 c.p., nella misura in cui per effetto di una legge successiva, il legislatore preveda unicamente la pena pecuniaria in luogo della pena detentiva: come è noto, in tali casi, ai sensi della norma testè citata, l'effetto

andrebbe letto, secondo la dottrina, quale indice dell'impossibilità di ricondurre il fenomeno dell'incompatibilità comunitaria all'*abolitio criminis*, strutturalmente diversa dal meccanismo insito, invece, nel principio della retroattività della legge più favorevole. È anche vero, però, che la formulazione dell'art. 2, co. 4 c.p. non si presta al superamento del giudicato penale di condanna in esecuzione di pena, tanto che la dottrina, conscia dell'*empasse* concettuale, asserisce come il punto di riferimento in materia di retroattività della *lex mitior* non sarebbe l'art. 2, co. 4 c.p., bensì il *background* giuridico internazionale, risultante, in primis, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dall'art. 7 CEDU, quali principi comuni risultanti dalle tradizioni costituzionali, come quella dello *Strafgesetzbuch* tedesco (*id est*: § 2 StGB, privo del limite ostativo del giudicato), ma non, invece, dell'attuale formulazione dell'art. 2, co. 4 c.p.: a meno che si pensi ad una riformulazione, in una prospettiva *de iure condendo* della norma testè citata, risulta gioco forza inevitabile ricondurre il fenomeno dell'incompatibilità comunitaria ad una figura lata dell'*abolitio criminis*. Tale conclusione non verrebbe smentita nemmeno dall'inciso della Corte di Giustizia, la quale, riferendosi al rispetto del principio di retroattività della *lex mitior*, lascia ampi margini di discrezionalità alle autorità statuali nell'individuare lo strumento giuridico più idoneo ad assicurare tale fine e, l'*abolitio criminis*, con la possibilità di incidere retroattivamente anche sul giudicato penale di condanna, rappresenta il mezzo di tutela più ampio che l'ordinamento italiano preveda. Ulteriore contro-argomentazione viene rinvenuta nel rischio di riconduzione delle condotte, prima sussumibili nell'art. 14, co. 5-ter t.u. imm., nella figura dell'art. 650 c.p. per effetto del fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*: anche tale deduzione viene smentita dai medesimi autori, nella misura in cui, conformemente al dictum delle Sezioni Unite Rizzoli, per aversi un'ipotesi di *abrogatio sine abolitione* "è necessario procedere al confronto strutturale tra le due fattispecie astratte, integrando all'occorrenza tale criterio attraverso una valutazione dei beni giuridici tutelati". Ad un confronto tra le due fattispecie, appare, infatti, incompatibile una ricostruzione in termini di continuità normativa, atteso che l'art. 650 c.p. è diretta alla tutela del bene giuridico "giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico e igiene", mentre l'art. 14, co. 5-ter t.u. imm. si spiega nell'ottica "della gestione dei flussi migratori". Così non può rinvenirsi una forma di continuità normativa tra l'art. 14, co. 5-ter t.u. imm. e l'art. 10-bis t.u. imm., strutturalmente eterogeneo sul piano della fattispecie astratta rispetto al non più applicabile illecito penale che punisce l'inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio italiano. Cfr. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, cit., nonché VIGANÒ, *Discusso avanti alla Corte di giustizia il primo rinvio pregiudiziale sulla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2011.

retroattivo della legge successiva più favorevole travolge anche il giudicato penale di condanna, in conformità alla *voluntas legis* della riforma attuata con la legge 24 febbraio 2006, n. 85, che ha parzialmente riscritto il testo dell'art. 2 c.p., inserendo tale ipotesi ad *hoc*, nettamente differenziata dalla successiva e generale ipotesi di successione di leggi, in cui l'applicazione della legge successiva più favorevole incontra il limite del giudicato.

Riconducendo i termini della questione, sotto la copertura dell'art. 2, co. 3 c.p., si profilavano all'orizzonte risvolti applicativi contraddittori e non perfettamente lineari, nella misura in cui, partendo dal presupposto che la condotta incriminatrice fosse la medesima e che l'innovazione normativa si limitasse unicamente a rimodulare il trattamento sanzionatorio, esplicando effetti favorevoli in *bonam partem*, anche sul giudicato di condanna, avrebbe creato una situazione di irragionevole disparità tra (i) coloro che erano stati prosciolti prima del 16 luglio 2011 ovvero avevano beneficiato, in esecuzione di pena, della revoca della sentenza divenuta definitiva, prima del 16 luglio 2011 e (ii) coloro che, pur avendo commesso la condotta prima del 16 luglio 2011, erano stati chiamati a giudizio ovvero la cui pronuncia di condanna era divenuta definitiva solo successivamente al 16 luglio 2011: in tali situazioni, per effetto dell'intervento della legge successiva solamente più favorevole, si sarebbe dovuto procedere, in ogni caso, all'incriminazione *ex art. 14, co. 5-ter T.U. imm.* e, se in esecuzione, il giudice avrebbe dovuto limitarsi unicamente alla rideterminazione della pena, tramite il meccanismo della conversione in pena pecuniaria, *ex artt. 132 e ss. c.p.*³⁹⁷.

Tali disparità applicative hanno condotto la dottrina a riqualificare l'art. 14, co. 5-ter T.U. imm., così come riformulato dal legislatore, come un'ipotesi di nuova incriminazione, applicabile unicamente *pro futuro* e non una mera ipotesi di successione di legge più favorevole con risvolti applicativi retroattivi anche sul giudicato: ragionando in tali termini, per le condotte commesse prima del 16 luglio 2011 rimane ferma la ricostruzione quale ipotesi di *abolitio criminis*, stante l'incompatibilità assoluta dell'art. 14, co.5-ter T.U. imm. ad esplicare effetti penali, giacendo la stessa, invece, in una situazione di totale "acquiescenza"; per le condotte, viceversa, poste in essere

³⁹⁷ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, I sezione, 6 dicembre 2012, Sagor (causa C-430/11), con nota di VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10-bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012.

successivamente all'entrata in vigore dell'innovazione legislativa vale la nuova ipotesi incriminatrice³⁹⁸.

3.4.2. *Le vicende successive: dal caso Sagor al case law Celaj.*

Oltre agli interrogativi sopra esposti, un ulteriore profilo critico è dato, questa volta, dalla contravvenzione di cui all'art. 10-bis t.u. imm. in materia di ingresso e soggiorno illegale nel territorio (*id est*: reato di "clandestinità"), nella misura in cui prevede la sostituibilità della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione dello straniero, comminata quale misura sostitutiva da parte del giudice di pace, tramite rito accelerato rispetto a quello ordinario, *ex artt.* 20-bis, 20-ter del d.lgs. n. 274/2000.

Pur non presentando evidenti punti di contrasto con gli scopi ed i principi della Direttiva "rimpatri", atteso che il reato *de quo* non prevede la misura della pena detentiva, ma sanziona la condotta incriminata unicamente per il tramite della sola pena pecuniaria, il Tribunale di Rovigo-Adria, con ordinanza del 15 luglio 2011, rimette la questione alla Corte di Giustizia, prospettando due ordini diversi di argomentazioni:

(a) *conversione della pena pecuniaria ineseguita con la permanenza domiciliare* (di quarantacinque giorni): anche se il reato di "clandestinità" prevede unicamente la pena pecuniaria, è vero che tale misura è sostituibile ad opera del giudice con una misura privativa delle libertà personale, la permanenza domiciliare, ai sensi degli artt. 53 e 55 del d.lgs. n. 274/2000, in caso di insolvibilità del condannato – ipotesi, peraltro, più che verosimile in considerazione dell'ammontare dell'ammenda comminata (da 5.000 a 10.000 euro), ben oltre le disponibilità economiche degli stranieri irregolari. Nell'ipotesi in cui tale conversione avvenga nelle more di un procedimento di rimpatrio può sostenersi – secondo la tesi del Tribunale di Rovigo – che la pena limitativa della libertà personale contrasti con l'obiettivo di un efficace rimpatrio, al pari dell'ipotesi di cui all'art. 14, co.5-ter t.u. imm., in precedenza esaminato³⁹⁹;

³⁹⁸ Cfr. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10-bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, cit.

³⁹⁹ La misura della permanenza domiciliare potrebbe, infatti, ostacolare "l'effetto utile" della Direttiva, nella misura in cui – secondo i principi generali in materia di sanzioni sostitutive – la sanzione penale debba necessariamente essere scontata prima di procedere all'espulsione, la quale, per coerenza logica, non può, quindi, essere disposta in fase di esecuzione della misura privativa della libertà, allungando in tal modo l'*iter* complessivo funzionale all'espulsione, per un tempo complessivo, che in

(b) *sostituibilità della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione*: ai sensi degli artt. 16 t.u. imm. e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000, si attribuisce al giudice di pace la competenza nel decidere – discrezionalmente – la sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione, con una procedura di accompagnamento coatto, non conforme, però, alla Direttiva, che, *in primis*, prevede un congruo termine per la partenza volontaria⁴⁰⁰.

Nelle more della decisione della Corte di Giustizia, la dottrina aveva ipotizzato due possibili soluzioni, nel caso di accoglimento delle argomentazioni del giudice remittente: (1) declaratoria di incompatibilità non dell'intero reato di clandestinità, bensì delle sole disposizioni dell'art. 10-*bis* t.u. imm. che prevedono la sostituzione della pena pecuniaria con la permanenza domiciliare ovvero con l'espulsione⁴⁰¹; (2) la declaratoria di incompatibilità del reato di clandestinità *tout court*, atteso che – secondo tale impostazione – ciò che mina il perseguimento “dell'effetto utile” della Direttiva sarebbe rappresentato dallo stesso ricorso allo strumento della sanzione penale: “Configurare la ‘clandestinità’ come reato comporta, nel momento in cui viene accertato il relativo *status*, l'avvio di due distinti procedimenti, l'uno penale, volto a sanzionare l'ingresso o il soggiorno irregolare con una pena, e l'altro amministrativo, volto all'espulsione dello straniero”⁴⁰².

Come è noto, il 6 dicembre 2012, la Corte di Giustizia pose fine – almeno temporaneamente – alla disputa dottrinale sulla compatibilità dell'art. 10-*bis* t.u. imm. rispetto agli scopi ultimi della Direttiva “rimpatri”, affermando – forse inaspettatamente per una parte della dottrina – la conformità della disposizione in esame: i giudici europei riprendendo principi già esposti nei precedenti *case law El Dridi e Achughbadian*⁴⁰³, stabilendo come la Direttiva “rimpatri” non vieti che uno Stato possa qualificare

astratto, potrebbe durare quarantacinque giorni, vale a dire – considerando le modalità di esecuzione della stessa (*id est*: nei fine settimana, sabato e domenica) – per circa cinque mesi.

⁴⁰⁰ Cfr. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato* (art. 13 co. 13 T.U. imm.), in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2014.

⁴⁰¹ Cfr. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato* (art. 13 co. 13 T.U. imm.), cit.

⁴⁰² Cfr. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato* (art. 13 co. 13 T.U. imm.), cit.

⁴⁰³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, Grande Sezione, 6 dicembre 2011, *Achughbadian*, causa C-329/11, con nota di MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 dicembre 2011.

l'ingresso ed il soggiorno irregolare come una fattispecie penale: ciò che rileva è che tali misure non ostino alla corretta esecuzione delle procedure comuni stabilite dalla Direttiva medesima.

Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ritiene che l'art. 10-*bis* t.u. imm. non rallenti né ostacoli la procedura amministrativa di rimpatrio, tanto che la disposizione stessa, al comma quinto, prevede che il giudice di pace, nelle more del procedimento penale, laddove rilevi l'avvenuta espulsione dello straniero, emani sentenza di non luogo a procedere. Nonostante, di fatto, la Corte argomenti nel senso di "salvare" il reato di "clandestinità", con riguardo al secondo ordine di argomentazioni, espresse nell'ordinanza di rimessione, precisa che la pena può essere sostituita con la misura dell'espulsione solamente in presenza di una duplice condizione: (a) *che vi sia la possibilità di un'esecuzione immediata dell'espulsione, non sussistendo le condizioni ostative di cui all'art. 14, co. 1 t.u. imm.*; (b) *che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero, da valutarsi caso per caso*⁴⁰⁴.

Secondo la dottrina, il caso Sagor, così come il successivo e più recente caso Celaj, registrerebbero una tendenza della Corte di Giustizia ad operare un ridimensionamento dei principi in precedenza esposti con solidità e chiarezza nel caso El Dridi, verso un approccio più mite nei confronti delle politiche criminali nazionali in materia di immigrazione, verosimilmente dettate dal cambiamento dell'approccio politico dell'Unione europea in punto di immigrazione, ad oggi il vero banco di prova della (in)coerenza dell'assetto politico europeo.

⁴⁰⁴ Laddove, invece, tale rischio non sussista nel caso concreto, il giudice dovrebbe concedere un termine non inferiore a sette giorni per eseguire la partenza volontaria, conformemente a quanto sancito dalla Direttiva; possibilità che, tuttavia, non viene menzionata dagli artt. 16 t.u. imm., nonché dall'art. 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, con conseguente impossibilità, in questo caso, di sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione. Tale incongruenza verrebbe a spiegarsi in ragione dell'inserimento del reato di "clandestinità nel t.u. imm., per effetto del "Pacchetto sicurezza" del 15 luglio 2009, n. 94, momento in cui il termine ultimo di adeguamento alla Direttiva "rimpatri" era ancora pendente: secondo le argomentazioni addotte dal Governo italiano, la *ratio* dell'art. 10-*bis* t.u. imm. e la mancata previsione di un raccordo rispetto alle previsioni della Direttiva, che privilegiano la procedura del rimpatrio volontario, sarebbe stato determinato dalla convinzione di ancorare tali norme sotto la copertura dell'art. 2 della Direttiva, nella misura in cui si consentono misure derogatorie alla Direttiva nelle ipotesi in cui l'espulsione sia disposta come sanzione penale, come conseguenza di una misura penale o a seguito di estradizione. Elevando, quindi, la condizione di "clandestinità" a reato sarebbe stato agevole per il Governo italiano motivare la non conformità delle disposizioni interne alla Direttiva, attesa la loro riconduzione nel raggio operativo dell'art. 2, § 2 della medesima. Cfr. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, cit.; GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la "direttiva rimpatri"*, cit.

Nel caso Celaj, infatti, la Corte di Lussemburgo ha rigettato le argomentazioni sollevate dal Tribunale di Firenze, con ordinanza di rimessione del 7 aprile 2014, in ordine alla declaratoria di incompatibilità del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato, *ex art. 13, co. 13 t.u. imm.*, nella misura in cui tale fattispecie continui punire con la pena della reclusione (da uno a quattro anni nelle ipotesi base, da uno a cinque anni nei casi di reingresso illecito reiterato) lo straniero che si trovi in una condizione di soggiorno irregolare⁴⁰⁵.

Con riguardo alla fattispecie in esame, si profilano due questioni applicative: (a) la prima, risolta parzialmente per effetto della novella legislativa del 23 giugno 2011, n. 89, con cui si provvede ad adeguare il *range* temporale circa la durata del divieto di reingresso per il cittadino non regolare, in precedenza decennale, poi portato ad un termine quinquennale, in conformità all'art. 7 della Direttiva. Il *punctum dolens* riguardava la sorte di tutti coloro che avevano realizzato la condotta di illecito reingresso ad una distanza di oltre cinque anni dal rimpatrio: in tali situazioni, la giurisprudenza di merito, *in primis*, e successivamente la Corte di Giustizia, nel caso *Filev e Osmani*⁴⁰⁶, si è orientata nell'escludere la responsabilità penale, atteso che "l'atto amministrativo contenente il divieto decennale, benché legittimo in quanto emanato prima che la direttiva venisse approvata, non poteva però continuare a produrre effetti che risultassero in contrasto con una normativa europea entrata in vigore successivamente; con la conclusione che, non risultando più applicabile l'atto amministrativo presupposto del reato, i processi penali per illeciti reingressi avvenuti a più di cinque anni dal rimpatrio si concludevano invariabilmente con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato"⁴⁰⁷.

La seconda soluzione applicativa (b) concerneva invece la compatibilità della previsione della pena detentiva in caso di inottemperanza al divieto di reingresso nel territorio dello Stato a seguito della procedura di rimpatrio, all'interno dell'arco temporale più limitato dei cinque anni: parte della giurisprudenza di merito considera

⁴⁰⁵ Cfr. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 T.U. imm.)*, cit.

⁴⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 19 settembre 2013, C-297/12, *Filev e Osmani*, con nota di MASERA, *Illecito reingresso dello straniero e direttiva rimpatri al vaglio della Corte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013.

⁴⁰⁷ Cfr. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 T.U. imm.)*, cit.

tale previsione comunitariamente illegittima e, per l'effetto, in alcune ipotesi, ha provveduto alla disapplicazione della norma, con l'assoluzione dell'imputato, perché il fatto non costituisce più reato, in conformità con la *ratio decidendi* della sentenza *El Dridi*⁴⁰⁸; al contrario, invece, per la Corte di Cassazione l'art. 14, co.5-ter t.u. imm. è strutturalmente diverso dal delitto di illecito reingresso, sicché “risulta evidente l'impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*, pronunciata con riguardo al delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter, alla diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13 co. 13”⁴⁰⁹.

Parte della dottrina, supportata dalle argomentazioni della giurisprudenza di merito, ribadisce, invece, l'incompatibilità della fattispecie di cui all'art. 13, co. 13 t.u. imm., nella misura in cui prevede la pena detentiva, ritenuta – per la medesima *ratio* della sentenza *El Dridi* – “un ostacolo alla realizzazione delle finalità della direttiva”, sollecitando, per l'effetto, il giudice interno a disapplicare direttamente la norma incriminatrice. Non è dello stesso avviso la Corte di Giustizia, la quale – pur riprendendo i propri principi già espressi nella sentenza *El Dridi* – ritiene, come il caso in esame, si differenzi nettamente dai precedenti, laddove lo strumento della sanzione penale veniva utilizzato prima e/o durante il procedimento di rimpatrio, vanificando così gli scopi ultimi della Direttiva. Nel caso *Celaj*, invece, l'asserita incompatibilità della pena detentiva si collocherebbe in una fase successiva alla procedura di rimpatrio, nella situazione in cui il soggetto sottoposto alla procedura di allontanamento secondo gli schemi ed i meccanismi disciplinati in parte dalla Direttiva in parte dal diritto nazionale, rientri nuovamente nel territorio in una condizione di irregolarità⁴¹⁰.

Tale situazione diametralmente diversa rispetto agli analoghi casi *El Dridi* e *Achughbaban*, conduce la Corte ad operare un *distinguishing* sia a livello argomentativo sia a livello di conclusioni, atteso che “la direttiva non preclude la facoltà

⁴⁰⁸ Cfr. Trib. Roma, 9 maggio 2011, Giud. Di Nicola, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011; Trib. Bolzano, 6 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 662 ss., con nota critica di PUCETTI, *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*

⁴⁰⁹ Cfr. Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871, Mejdj, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1184 ss. In senso analogo, cfr. Cass. pen., sez. I, 21 marzo 2012, n. 12750, in *Dejure*; Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2013, n. 7912, in *Dejure*.

⁴¹⁰ In altri termini, “il procedimento penale dinanzi al giudice del rinvio riguarda la situazione di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno è irregolare, nei confronti del quale, per mettere fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, sono state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva e che entra nuovamente in tale territorio trasgredendo un divieto di reingresso”. Cfr. Corte di Giustizia dell'Ue, 1 ottobre 2015, *Celaj*, causa n. C-290/14, §§ 41-42.

per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico dei cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno sia irregolare, per i quali l'applicazione della procedura istituita da tale direttiva ha condotto al rimpatrio e che entrano nuovamente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un divieto di ingresso⁴¹¹.

Allo stato dell'arte, quindi, continuano ad essere celebrati processi a carico di cittadini non comunitari sia in relazione al profilo, in precedenza esaminato, della contravvenzione *ex art. 10-bis t.u. imm.* sia riguardo all'art. 13, co. 13 t.u. imm., i cui risvolti applicativi per quanto siano poco rilevanti, attesi il numero esiguo dei procedimenti penali dinnanzi alla giurisdizione del giudice di pace per tali fattispecie, rappresentano ad oggi la punta di un *iceberg* che poggia le proprie basi nel *trend* dogmatico e giurisprudenziale diretto ad un radicale e profondo ripensamento della disciplina immigratoria sia sotto il profilo più specifico del ricorso alla pena detentiva sia per la stessa riconduzione della materia al diritto penale: non sembra dello stesso avviso, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale sembrerebbe collocarsi su posizioni antitetiche rispetto al *trend* interno, soprattutto, in relazione alle possibili prospettive future in cui la prevalenza di politiche comunitarie improntate sulla sicurezza e sull'ordine pubblico potrebbero dar luogo alla legittimazione di politiche nazionali repressive e fortemente punitive.

⁴¹¹ Cfr. MASERA, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015. Per completezza dell'esposizione in merito al contesto europeo, è inevitabile dedicare alcune riflessioni conclusive alla già citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015, in relazione al caso Taricco.

Sezione III

Il giudicato e la Corte europea dei diritti dell'uomo

3.5. Il giudicato e la giurisprudenza di Strasburgo.

Nella disamina dei *cases law* della Corte di Strasburgo, si è soliti operare una *summa divisio* tra le sentenze che accertano una violazione di tipo processuale e quelle che accertano, invece, una violazione di tipo sostanziale.

All'interno della macro categoria "violazioni di tipo processuale", si collocano tradizionalmente tutti quei vizi incidenti sullo svolgimento del processo penale che conducono ad un accertamento della responsabilità ed alla conseguente condanna dell'imputato in sfregio dei canoni del giusto processo di matrice convenzionale, iscrivibili nel raggio di tutela dell'art. 6 Cedu (*id est*: equità e ragionevolezza, pubblicità dell'udienza, difesa tecnica dell'imputato, durata ragionevole del processo, *etc.*).

Alla macro categoria "violazioni di tipo sostanziale" ineriscono tutte quelle patologie che incidono su di una norma sostanziale, riconducibili all'alveo di tutela degli artt. 7, 8 e 10 Cedu, per citare le disposizioni maggiormente ricorrenti nella casistica giurisprudenziale⁴¹².

Ad integrazione di tale dicotomia, potrebbe essere formulata un'ulteriore ipotesi di distinzione avente come perno il giudicato penale di condanna e l'esecuzione della pena: potrebbe essere, infatti, agevole distinguere le violazioni inerenti l'accertamento

⁴¹² A ben vedere, però, le due aree non si presentano nella prassi così distinte, atteso come vi sia un *tertium genus* di violazioni che pur inerendo alle norme processuali confluisce sulla sfera sostanziale del diritto penale: all'interno di tale area ibrida, si collocano, infatti, tutti quei vizi che indicano, in senso lato, sul momento sanzionatorio e sul trattamento penitenziario, a prescindere dalla qualificazione formale del tipo di vizio. Tutti i vizi incidenti sul fenomeno punitivo, dalla previsione legislativa (e/o giurisprudenziale) astratta, alla fase della sua irrogazione in sede processuale, fino al momento più strettamente attuativo in sede di esecuzione ineriscono, infatti, al diritto penale sostanziale e, quindi, per quanto, abbiano a riferimento norme processuali e/o norme amministrative, la violazione accertata sarà ritenuta di tipo sostanziale. Per un approfondimento sulla dicotomia proposta, cfr. anche MANCA V., *Giudicato e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 5; in termini generali, inoltre, la bibliografia è pressochè infinita: per i riferimenti qui di interesse, cfr. per tutti ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 150 ss.; ID., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, cit., p. 32 ss.; GRASSO-GIUFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 168 ss., nonché ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 45 ss.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 47 ss.; MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 426 ss.; BERNARDI, sub art. 7 – *Nessun pena senza legge*, cit., p. 256 ss.; MANES, sub art. 7, cit., p. 259 ss.

della responsabilità (siano esse processuali o sostanziali) e valutarne le ricadute sul piano interno, soprattutto, nella misura in cui esse siano di tipo strutturali ovvero legate al singolo caso concreto e le violazioni incidenti esclusivamente la pena ed il trattamento sanzionatorio/penitenziario, lato senso inteso (siano esse promanate da una norma procedurale/esecutiva ovvero direttamente da una norma di tipo sostanziale), verificandone, altresì, anche in tale ultimo caso, quali siano gli effetti sul sistema, tenendo distinti i casi “pilota” dai casi concreti.

L’analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarà quindi condotta sulla base del duplice criterio:

(a) violazioni incidenti sulla sfera di responsabilità dell’imputato, nel merito, quindi, dell’accusa, sia che esse promanino da norme processuali o sostanziali, valutandone gli effetti sul sistema a seconda che abbiano ad oggetto

(a¹) limitatamente il caso singolo;

(a²) la generalità dei casi, perché la violazione ha la natura di vizio strutturale e patologico del sistema; l’accertamento della violazione ha le caratteristiche di sentenza pilota, almeno sul piano sostanziale.

(b) violazioni inerenti la sfera della punibilità sia in astratto sia in concreto, sia che tali vizi promanino da norme di tipo procedurale o sostanziale, valutandone, come sopra, gli effetti sul sistema a seconda che abbiano ad oggetto

(b¹) limitatamente il caso singolo;

(b²) la generalità dei casi, perché la violazione ha la natura di vizio strutturale e patologico del sistema; l’accertamento della violazione ha le caratteristiche di sentenza pilota, almeno sul piano sostanziale⁴¹³.

⁴¹³ La dicotomia proposta risulta rilevante nella misura in cui la si rapporti con il giudicato: anche a livello interno, infatti, è possibile isolare l’insieme degli strumenti incidenti sul giudicato e classificarli (come poi si è fatto sopra, cfr. p.) tra rimedi incidenti sull’accertamento della responsabilità e, quindi, sul fatto e rimedi, invece, che incidono unicamente sulla pena. Nel primo caso, si è visto, come già a livello interno, si siano sviluppati degli strumenti impugnatori (straordinari), mentre nel caso della pena, rimanendo fermo l’accertamento penale, si incide direttamente in esecuzione. Anche per la trattazione delle ricadute della giurisprudenza sovranazionale, è utile tenere a mente tale distinzione, in luogo di quella proposta tradizionalmente dalla manualistica, in quanto la rigida distinzione tra violazioni di natura processuale, da una parte, e quelle di natura sostanziale, dall’altra, non tiene conto del fatto che tale distinzione non viene postulata dalla Corte Edu, la quale decide a prescindere dalla precisa collocazione normativa dell’istituto piuttosto che del principio esaminato: come si vedrà, inoltre, vi sono delle disposizioni esecutive/processuali, che per la loro diretta incidenza sulla pena (sia in termini quantitativi sia qualitativi) vengono ritenute sostanziali e pertanto, ricadenti nell’alveo di tutela dell’art. 7 Cedu, oltre che 6 Cedu.

3.6. Le ricadute sul processo: dal caso *Somogyi* al *case law* Dorigo.

Procedendo con ordine, occorre preliminarmente riprendere il dibattito giurisprudenziale e dottrinale circa la risoluzione delle antinomie, che, come si è visto sopra, la dottrina tende a collocare nella macro categoria delle vicende processuali e che opportunamente si è ricondotto alla più ampia area di vizi incidenti il merito dell'accertamento processuale⁴¹⁴. Il trittico di *cases law*, lungo il quale si è snodata la discussione circa l'ammissibilità di rimedi interni in ordine alla revoca del giudicato, con conseguente riapertura del procedimento penale (al fine di ottenere una nuova pronuncia sulla responsabilità penale) è il seguente:

(1) *case law*: nel caso *Somogyi c. Italia*, la Corte di Strasburgo riscontrava una violazione dell'art. 6 Cedu, nella misura in cui le autorità nazionali non avevano dato piena prova di aver adempiuto all'obbligo di assicurare l'effettiva conoscenza al ricorrente del procedimento penale a suo carico. (a) *Soluzione interna*: la Corte di Cassazione fa ricorso all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per impugnare di cui all'(precedente) art. 175, co. 2 c.p.p., nel frattempo introdotto dal decreto legge del 21 febbraio 2005, n. 17 (conv. con l. 60/05), con l'espresso intento di adeguare il nostro ordinamento alla giurisprudenza della Corte Edu⁴¹⁵;

(2) *case law*: nel caso *Dorigo c. Italia*, la Commissione Edu affermava la sussistenza della lesione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, dell'art. 6, §§ 1 e 3 Cedu, in ragione della sentenza di condanna emessa in violazione dei principi in materia di utilizzabilità della prova in sede dibattimentale. (b) *Soluzione interna*: in tale occasione, il rimedio processuale utilizzato è l'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p. a*

⁴¹⁴ Per un'agevole panoramica dei casi "processuali", cfr. per tutti APRILE, *L'incidenza della Cedu sul processo penale italiano*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 509 ss., nonché GIUFFRIDA-GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 13 ss.; per le implicazioni costituzionali, cfr. altresì SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., p. 114 ss.

⁴¹⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 42191/02; Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), *Somogyi*: per un commento, cfr., *ex multis*, BARTOLONI, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 36 ss.

fronte dell'ineseguibilità del titolo esecutivo su cui si fondava l'esecuzione della pena detentiva⁴¹⁶;

(3) *case law*: nel caso *Drassich c. Italia*, la *quaestio iuris* consisteva nella diversa qualificazione del reato di cui in imputazione in un'ipotesi più grave in sede di legittimità: tale circostanza veniva interpretata dalla Corte europea quale violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 Cedu. (c) *Soluzione interna*: la Suprema Corte, investita della questione, indica, secondo una torsione analogica, alquanto complessa e difficilmente esportabile oltre il caso *Drassich*, della disciplina delle impugnazioni straordinarie, il ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*, quale rimedio più appropriato alla riparazione della violazione accertata⁴¹⁷.

In breve, le vicende.

1) La vicenda *Somogyi*: rimozione del giudicato *ex art. 175, co. 2 c.p.p.*, nella versione *ante* legge di riforma n. 67/2014 in relazione al procedimento *in absentia*: Somogyi, cittadino ungherese, veniva condannato in contumacia dal Tribunale di Rimini in data 22 giugno 1999. Con pronuncia del 18 maggio 2004, la Corte Edu riconosceva la violazione dell'art. 6 Cedu, nella misura in cui esso impone un obbligo, in capo alle autorità giudicanti, di valutare se l'imputato abbia avuto la possibilità di essere a conoscenza del procedimento contro di lui instaurato, nelle ipotesi in cui si abbiano fondate ragioni di ritenere che, in effetti, questi ne sia ignaro⁴¹⁸.

In forza del *decisum* europeo, il detenuto rivolgeva alla Corte d'Appello di Ancona istanza di revisione del processo, chiedendo la revoca della condanna emessa, in sua assenza, a conclusione del procedimento di primo grado; l'istanza veniva dichiarata inammissibile, con ordinanza impugnata in Cassazione.

⁴¹⁶ Cfr. Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*. Per i riferimenti bibliografici, cfr., *ex plurimis*, RANDAZZO, *Caso Dorigo. La Cassazione "paralizza" il giudicato penale in applicazione della CEDU, senza pregiudicare la rilevanza della quaestio sui limiti della revisione. Ora la parola alla Corte costituzionale*, in Bin, Pitruzzella, Pugiotto, Veronesi, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, cit., p. 209 ss.

⁴¹⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646; LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1/2011, pp. 271-272.

⁴¹⁸ Nel caso di specie, era quanto meno dubbio, che Somogyi avesse avuto adeguata conoscenza del processo a suo carico: i giudici interni, pur investiti della questione da parte della difesa, non avevano fatto seguito ad un effettivo controllo dell'avvenuta conoscenza da parte dell'imputato circa il procedimento penale in corso a suo carico, determinando così una situazione patologica, sanzionata dall'art. 6 Cedu. Per un approfondimento del caso, oltre alla bibliografia sopra citata.

Così adita, la Corte Suprema, con la pronuncia depositata il 3 ottobre 2006, affermava che il giudice italiano è tenuto “a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato”, spiegandosi tale necessità in ragione dell'obbligo di esecuzione delle pronunce sovranazionali *ex art. 46 Cedu*⁴¹⁹.

Se la riapertura del processo costituisce solitamente la forma migliore di *redress*, nel caso *Somogyi*, tuttavia, il problema della mancata previsione nel nostro ordinamento di un'apposita procedura di revisione o di riesame non si poneva, in quanto era stato introdotto – tra la pronuncia della Corte Edu e quella della Corte Suprema – un istituto *ad hoc* per consentire un'adeguata tutela dei diritti del contumace: si fa riferimento alla restituzione in termini di cui al (vecchio) art. 175, comma 2 c.p.p., introdotto dal d.l. 17 del 2005 (conv. con l. 60/05) con l'esplicito intento di adeguare il nostro ordinamento alla giurisprudenza Cedu: in ragione di ciò, la stessa Corte Suprema restituiva il ricorrente nel termine per proporre appello avverso la sentenza del 22 giugno 1999 del Tribunale di Rimini, disponendo la trasmissione degli atti alla Corte d'appello di Bologna per il giudizio di secondo grado⁴²⁰.

2) La vicenda *Dorigo*: rimozione del giudicato *ex art. 670 c.p.p.*: l'imputato era stato condannato a tredici anni e sei mesi di reclusione, all'esito di un processo in cui la Commissione Edu aveva accertato la violazione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, dell'art. 6, par. 1 Cedu, in combinato disposto con l'art. 6, par. 3, lett. d) Cedu⁴²¹. Il Pubblico Ministero competente aveva pertanto proposto incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, al fine di garantire l'esecuzione della decisione di condanna della Commissione, in assenza di uno specifico rimedio che consentisse la

⁴¹⁹ La Corte sembra quindi ribadire il principio della precettività in Italia delle norme della Cedu, richiamandosi alla pronuncia *Polo Castro* delle Sezioni Unite del 1988, la quale già così statuiva: “le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano [...]”.

⁴²⁰ L'intervento legislativo del 2005 consentiva dunque una facile soluzione tanto nel caso *Somogyi* quanto in quelli eventualmente analoghi, in cui fosse stata accertata una violazione dei principi in materia di processo *in absentia*.

⁴²¹ La pronuncia di condanna di *Dorigo* era stata ritenuta lesiva dei diritti del ricorrente in quanto fondata sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da parte di tre coimputati, i quali poi in dibattimento si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

riapertura del processo. A fronte del diniego della Corte d'appello, la pubblica accusa adiva la Suprema Corte, che ne accoglieva il ricorso⁴²². Ritenuto, quindi, che la pena detentiva inflitta a Dorigo fosse “illegale” sotto il profilo dell'art. 5, § 4 Cedu, la Corte si determinava, per il tramite dell'art. 670 c.p.p., a disporre la scarcerazione del detenuto, recluso in ragione di un titolo esecutivo inficiato *ab origine* da un vizio di invalidità⁴²³.

3.6.1. (Segue) Il caso Drassich.

Breve riepilogo della vicenda processuale. Magistrato presso il Tribunale di Pordenone, Drassich veniva rinviato a giudizio il 20 gennaio 1995 dinnanzi il Tribunale di Venezia per i reati di corruzione, falso e abuso d'ufficio e condannato, al termine del primo grado, in data 21 ottobre 1998, a titolo di falso e cinque episodi di corruzione, mentre l'abuso d'ufficio rimaneva assorbito, alla pena complessiva di anni tre di reclusione: avverso la sentenza di condanna proposero appello sia la pubblica accusa sia l'imputato; sentenza riformata *in peius* in sede di gravame con l'accertamento della

⁴²² Ancora una volta, nell'assenza di un apposito meccanismo di riesame o di revisione del processo per riparare le accertate violazioni della Cedu, la Corte Suprema si è trovata costretta a dover utilizzare un altro rimedio, che consentisse comunque la cessazione della violazione dei diritti di Dorigo: sulla falsariga della requisitoria del Procuratore Generale, detto rimedio è stato identificato nell'incidente di esecuzione. Si sostiene, infatti, come la decisione della Corte d'Appello che aveva respinto l'istanza del Pubblico Ministero avesse indebitamente obliterato non solo le valutazioni attinenti alla (già ricordata) precettività delle disposizioni della Cedu, ma anche gli obblighi derivanti dall'art. 46 della Convenzione: da queste premesse, non poteva che discendere l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte Edu, anche se ciò si sarebbe scontrato con le esigenze di certezza del diritto sottese all'intangibilità del giudicato e anche in assenza di un mezzo processuale per la rinnovazione del processo.

⁴²³ A bene vedere, in realtà, le perplessità circa la correttezza di una simile impostazione si rinvergono nella misura in cui il vizio riscontrato a Strasburgo non incideva sul titolo esecutivo, il quale rimane valido sia nel suo contenuto quanto nella sua formale formazione, quanto, piuttosto, al profilo processuale dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, avvenuto non in conformità ai canoni del giusto processo e alla garanzia difensiva in materia di prova. Nelle more della pronuncia della Suprema Corte (dep. 3 ottobre 2006), la difesa aveva proposto anche istanza di revisione del processo penale dinnanzi alla Corte di Appello di Bologna, argomentando come tale soluzione fosse percorribile in ragione dell'art. 630, co. 1 lett a) c.p.p., stante l'equiparabilità delle pronunce della Corte Edu a quelle emesse da un “giudice speciale”, aggiungendo, altresì, che una decisione contraria avrebbe reso la norma costituzionalmente illegittima, per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. Con ordinanza del 15 marzo 2006, la Corte d'Appello rimettente – ritenendo impraticabile la soluzione interpretativa prospettata in via principale dalla difesa – aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, co. 1, lettera a), c.p.p. “nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte Europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo”. In relazione a tali parametri costituzionali, la questione viene dichiarata infondata con la pronuncia n. 129/2008; questione, invece, rivalutata positivamente da parte della Corte costituzionale, con la sentenza n. 113/2001, in ragione della compatibilità dell'art. 630 c.p.p. rispetto ai parametri dell'art. 46 Cedu in relazione all'art. 117, co. 1 Cost.

responsabilità di Drassich di otto episodi di corruzione alla pena così rideterminata in anni tre ed otto mesi di reclusione.

Ricorrendo in Cassazione, l'imputato eccepiva l'intervenuta prescrizione nell'agosto del 2001: la Corte, con sentenza del 4 febbraio 2004, respingeva il ricorso asserendo come, a proposito della prescrizione del reato di corruzione, che "era necessario riqualificare i fatti, avvalendosi del suo potere-dovere istituzionale di attribuire ai fatti delittuosi la giusta qualificazione giuridica", precisando, altresì, che l'esclusione di una causa di estinzione del reato – come conseguenza della riqualificazione – non doveva essere considerata una forma di *reformatio in peius*, atteso che la pena concretamente inflitta non veniva aggravata; il termine di prescrizione non poteva dirsi quindi trascorso.

Con ricorso presentato il 14 luglio 2004, Drassich adiva la Corte di Strasburgo, "lamentando l'iniquità del processo a suo carico e sostenendo che il suo diritto di difesa era stato violato, in ragione delle condizioni nelle quali era intervenuta la riqualificazione e del fatto di non esserne stato informato in tempo utile"⁴²⁴.

La Corte europea, con sentenza dell'11 dicembre 2007, accoglieva le doglienze del ricorrente, constatando la violazione dell'art. 6, § 3 lett a) e b) Cedu in combinato disposto con il § 1 della medesima disposizione, atteso che Drassich era stato condannato per un reato (*id est*: corruzione in atti giudiziari) che non era stato indicato nel rinvio a giudizio e che non gli era stato comunicato in alcuna fase del processo, sicchè si era "commessa una violazione del diritto del ricorrente ad essere informato in maniera dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti, nonché del suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della sua difesa"⁴²⁵.

⁴²⁴ La replica del Governo sosteneva che la diversa riqualificazione non avrebbe comportato una modifica dei fatti addebitati originariamente al ricorrente, dovendosi considerare il reato di cui all'art. 319-ter c.p. un'ipotesi aggravata degli stessi. Sul punto, cfr. LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1/2011, pp. 271-272, nonché ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 784 ss.

⁴²⁵ Nella parte dispositiva, la Corte, rilevato come il ricorrente non abbia presentato un'istanza di equa soddisfazione, affermi che "quando, la Corte conclude che un privato è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanze delle esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla violazione constatata".

In forza del precedente Dorigo, Drassich proponeva quindi incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p., al fine di vedersi dichiarare ineseguibile l'intero titolo esecutivo, dinnanzi alla Corte d'Appello di Venezia, la quale, pur prendendo atto dell'intervenuto *dictum* europeo, si limitava alla declaratoria di ineseguibilità limitatamente alla pena di mesi otto di reclusione, comminata per effetto della riqualficazione dei fatti contestati in corruzione in atti giudiziari⁴²⁶.

Rimessa quindi la questione alla Cassazione, i giudici di legittimità si vedono investiti dell'interrogativo circa la praticabilità di una "revisione" della pronuncia emessa il 12 giugno 2012 in merito alla responsabilità penale di Drassich che tenesse conto del *novum* giuridico della sentenza sovranazionale. Il passaggio obbligato è rappresentato dal riconoscimento dell'efficacia vincolante della giurisprudenza sovranazionale: "non è più indubbio", infatti, che "sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la "forza vincolante" delle sentenze definitive della Corte europea"⁴²⁷.

⁴²⁶ Provvedimento avverso il quale Drassich propose ricorso per Cassazione, censurando la decisione della Corte d'Appello nella misura in cui aveva proceduto ad una declaratoria solamente parziale, lasciando immutata per il resto la condanna emessa dalla Suprema Corte, perseverando nel mantenimento degli effetti pregiudizievoli della condanna penale e nel corso dell'espiazione del residuo di pena, rimasto immutato; in via subordinata, si richiedeva la "riapertura del procedimento" davanti la Corte di Cassazione e la dichiarazione di "estinzione del reato per prescrizione, annullando il capo di imputazione concernente i reati di corruzione".

⁴²⁷ Ciò premesso, si osserva come incomba un dovere primario sia sul legislatore sia sulla giurisdizione in ordine alla piena esecuzione alle pronunce di Strasburgo: atteso come allo stato dell'arte, nonostante la pronuncia della Corte costituzionale abbia indicato al legislatore di intervenire, con la sent. n. 129/2008, al fine di prevedere normativamente un meccanismo di riapertura del processo penale, non vi sia all'interno dell'ordinamento la possibilità di riconoscere espressamente tutela giuridica in caso di accertate violazioni dell'art. 6 Cedu che si tramutino in una riapertura nel merito del procedimento penale. Tuttavia, "è dovere, anch'esso primario, della giurisdizione verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda percorribile l'attuazione di un *decisum* del giudice europeo". Nel caso di specie, la patologia ineriva la formazione dell'affermazione della responsabilità penale in capo all'imputato in sede di giudizio di legittimità, nella misura in cui la Corte, violando la garanzia costituzionale del contraddittorio, avrebbe inficiato la stessa pronuncia nel merito e l'accertamento processuale risulterebbe, pertanto, "iniquo" ed "ingiusto": secondo la Corte, "per dare esecuzione alla pronuncia della Corte europea di rende necessario non un nuovo giudizio di merito, ma solo il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità ha operato *ex officio*"; trattasi, quindi, di un *error iuris* coperto dal giudicato penale di condanna, a cui, allo stato del sistema delle impugnazioni straordinarie (e principio di tassatività delle stesse) non sarebbe stato possibile porre rimedio. Non di questo avviso la Corte, secondo cui lo strumento giuridico per dare esecuzione alla sentenza della Corte europea è rappresentato dal ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di Cassazione, *ex art. 625-bis c.p.p.*, norma che "sebbene realizzata per colmare vuoti di tutela definitivi e tassativi (*sic*), errore materiale o di fatto – ampiamente giustifica un ragionamento "per analogia" (*sic*), non incorrendo nei divieti posti dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale" e non caratterizzata da "eccezionalità rispetto al sistema processuale", poiché "realizzata per colmare un vuoto normativo dovuto all'inadeguatezza della precedente disciplina a

Secondo la Corte, la violazione accertata in sede europea sarebbe superabile per il tramite di un'operazione di interpretazione convenzionalmente orientata dell'istituto dell'art. 625-*bis* c.p.p., dando diretta applicabilità all'art. 6 Cedu, nella misura in cui prevede l'obbligo della preventiva informazione all'imputato circa la diversa qualificazione del fatto, la quale debba essere discussa, nel rispetto del principio della parità della parti, in contraddittorio; garanzia processuale non incompatibile rispetto alle norme processuali interne, inserendo, anzi, un'ulteriore garanzia dell'imputato, riconducibile nelle maglie degli artt. 521 c.p.p. ss.⁴²⁸.

Se si esamina tuttavia la disciplina giuridica da applicare, si nota come, in realtà, la Corte non applichi la disciplina prevista dall'art. 625-*bis* c.p.p., ma una diversa, solamente in parte assimilabile alla *ratio* della disposizione: sarebbe stato applicato, infatti, “un analogo istituto rispetto a quello esistente del ricorso straordinario”, andando l'analogia *legis* non ad operare all'interno della disciplina per attribuire tutela ad un caso non ivi espressamente previsto, quanto piuttosto per collegare un caso non regolato ad un istituto analogo a quello espressamente previsto⁴²⁹.

tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa, pur configurabili con ordinarietà nel giudizio di legittimità”. Cfr. sul punto, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 72 ss.

⁴²⁸ La tesi della diretta applicabilità dell'art. 6 Cedu risulta una scelta interpretativa audace e coraggiosa rispetto alle posizioni granitiche della Corte costituzionale, espressa già nelle sentenze gemelle n. 348, 349 del 2007 e ripresa nella pronuncia n. 49 del 2015: soluzione di pregio per la risoluzione del caso concreto, giungendo ad una piena esecuzione del *decisum* europeo in conformità all'art. 46 Cedu, ma carica di criticità se raffrontata con il sistema processuale nel suo complesso. La Suprema Corte, infatti individua, tramite il ricorso all'analogia *legis*, il rimedio attuativo delle sentenze sovranazionali nell'art. 625-*bis* c.p.p., ritenendo come la violazione del principio del contraddittorio su ogni profilo dell'accusa (anche nel giudizio di legittimità), tutelato *ex art.* 6 Cedu possa essere considerato un caso analogo, non regolato, assimilato agli errori di fatto o alle violazioni del diritto di difesa che espressamente legittimano il ricorso straordinario *ex art.* 625-*bis* c.p.p.: cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 72 ss.

⁴²⁹ Le criticità, in sintesi: (a) nel caso in esame, si dà attuazione ad una sentenza non più impugnabile, secondo i canoni interni del meccanismo delle impugnazioni straordinarie: l'art. 625-*bis* c.p.p., prevede un termine perentorio di cent'ottanta giorni dal deposito del provvedimento per ricorrere in Cassazione; nel caso di specie, termine volutamente tralasciato; (b) l'*error iuris* circa l'errata interpretazione ed applicazione di una norma processuale e, segnatamente, della garanzia difensiva inerente il contraddittorio verrebbe forzatamente assimilato alla categoria dell'errore di fatto; (c) l'adozione della revoca della condanna, quale provvedimento, tecnicamente estraneo, alla gamma di possibilità attribuite alla Cassazione nel giudizio rescindente (*id est*: annullamento ed eventuale fase rescissoria, con la pronuncia di una nuova pronuncia del merito, con effetto sostitutivo rispetto alla prima). In considerazione delle diversità sopra rilevate, è evidente che, per il tramite dell'analogia *legis*, la Corte abbia dato origine, in via pretoria (e si potrebbe aggiungere, in via assolutamente arbitraria e creativa) un nuovo istituto processuale di impugnazione straordinaria che si colloca a mezza via tra la revisione (il provvedimento conclusivo, trattasi appunto di una revoca della condanna con parziale rimozione del giudicato) *ex art.* 630 c.p.p. e, segnatamente, *ex art.* 637, co. 2 c.p.p. e il ricorso straordinario per errore di fatto (nella misura in cui l'impugnazione è diretta verso una pronuncia della Suprema Corte, con l'assimilazione dell'errore sul contraddittorio in un errore di fatto): l'inerzia del legislatore e l'esigenza di dare esecuzione al *decisum* europeo rispetto al caso concreto, due fattori

3.6.2. La “revisione europea” e soluzioni de iure condendo.

Tornando al caso Dorigo (parte seconda), come già si è anticipato, la Corte di Appello di Bologna, tramite il Procuratore Generale solleva nuovamente questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo quando la Corte Europea abbia sancito una violazione dell’art. 6 Cedu e, quindi, riconosciuto l’iniquità del processo celebrato a danno del soggetto condannato, questa volta, sotto il profilo del parametro dell’art. 46 Cedu interposto all’art. 117, co. 1 Cedu.

Come è noto, a conclusione della pronuncia n. 113 del 2011, la Corte costituzionale decide diversamente: l’art. 630 c.p.p. è incostituzionale nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu ex art. 46, par. 1 Cedu⁴³⁰.

Nelle ipotesi di violazioni dell’art. 6 Cedu, la Corte dimostra di condividere la posizione già espressa dalla giurisprudenza di legittimità, nel caso Drassich, secondo la quale è la “riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum*”, non ritenendo di avallare le altre precedenti soluzioni alternative: limitato è infatti il campo dell’applicazione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all’art. 625-*bis* c.p.p., in quanto con esso si possono rimediare solo eventuali violazioni occorse in sede di Cassazione; inadeguato è, altresì, l’istituto della rimessione

decisivi rispetto alla risoluzione del caso Drassich, avrebbero dovuto cedere il passo al passaggio obbligato alla Corte costituzionale, tramite l’esperimento della questione di legittimità costituzionale, non tanto dell’art. 625-*bis* c.p.p., quanto della disciplina normativa in materia di revisione ex art. 630 c.p.p. ss.; istituto che si presta almeno potenzialmente alla riconducibilità all’interno delle sue maglie della risoluzione di tutte le antinomie convenzionali che incidano sul merito dell’accertamento processuale ed il cui superamento richiedano necessariamente una riapertura del processo penale. Cfr. sul punto, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 72 ss.

⁴³⁰ Cfr., *ex multis*, GUAZZAROTTI-COSSIRI, *L’efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it, 2006, p. 1; BARTOLONI, *L’efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, cit., p. 36; LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte Europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2/2011, p. 1560; CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, pp. 3-4, il quale sottolinea comunque «la coraggiosa apertura della giurisprudenza di legittimità, lungo percorsi ermeneutici diversificati e comunque coerenti con l’intento di rinvenire la *regula iuris* – pur parziale e inadeguata (di tipo “pretorio”) – per la soluzione di specifiche e contingenti situazioni processuali pervenute al suo esame, non addicendosi al ruolo della Suprema Corte un comodo “*non liquet*” [...]» (ivi, 4). Adesive sul punto le considerazioni di CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell’ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, p. 1253.

in termini per la proposizione dell'impugnazione *ex art.* 175, co. 2 c.p.p., attesa la sua limitata applicabilità per i soli vizi del processo contumaciale; insoddisfacente è, infine, la soluzione praticata nel caso Dorigo, in quanto l'incidente di esecuzione «“congela” il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”», non consentendo neppure l'auspicata *restitutio in integrum* cui spesso la Corte europea allude⁴³¹.

Ricostruito quindi lo stato dell'arte in questi termini, la Corte si fa carico di individuare essa stessa quale possa essere lo strumento che consenta di ottemperare agli obblighi discendenti dall'art. 46 Cedu, individuato nella revisione *ex art.* 629 c.p.p. ss., delineando, in sostanza, *un istituto nuovo*, una sorte di revisione “atipica”, che mal si concilia con la *ratio* della revisione tipica di cui all'art. 630 c.p.p.⁴³².

Trattandosi di una fattispecie nuova, i giudici costituzionali ritengono opportuno identificare altresì i presupposti in base ai quali il giudice ordinario è chiamato ad applicare tale istituto: si chiarisce, infatti, che la “necessità della riapertura andrà apprezzata [...] in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata”⁴³³. Oltre alla “natura oggettiva della violazione accertata”, la Corte ricorda come vadano tenute in debito conto, ovviamente, anche le «indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza “interpretativa” eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, par. 3, della Cedu»⁴³⁴.

⁴³¹ Così GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 10/2011, p. 3308 ss.

⁴³² Come ricordato dagli stessi giudici costituzionali, infatti, la finalità del mezzo di impugnazione di cui all'art. 629 c.p.p. è quella di ricomporre lo «*iato* tra “verità processuale” e “verità storica”, emergente da elementi “esterni” al processo già celebrato»; nel caso della “revisione europea”, invece, non solo è sulla base di elementi “interni” al processo concluso che la Corte Edu lo ha ritenuto iniquo, ma non v'è neppure alcun contrasto tra verità storica e verità processuale da risolvere: semmai, la contrapposizione sussiste tra il processo “com'è stato celebrato” e il processo “come avrebbe dovuto essere celebrato” ». Ecco perché la riconduzione alla revisione tradizionale è stata correttamente scolpita come «“pseudo-analogia”[...] teleologicamente più che logicamente fondata».

⁴³³ Per esempio, continua il Giudice delle Leggi, è di solare evidenza che non potrà procedersi con la riapertura del processo se la violazione constatata attiene alla ragionevole durata del processo, posto che la prosecuzione delle attività processuali comporterebbe solo un'ulteriore compromissione del diritto *de quo*.

⁴³⁴ In altri termini, non potendo trascurarsi l'approccio “casistico” della Corte, è evidente che le peculiarità del caso concreto vanno sempre tenute in massima considerazione nell'ottica di decidere se procedere o meno con la riapertura del processo o con la nuova celebrazione dello stesso. In tal senso, infatti, è stato correttamente ricordato come, talvolta, lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa abbia ritenuto che l'obbligo di cui all'art. 46 Cedu sia stato adeguatamente assolto nonostante la decisione delle autorità interne di non garantire la revisione del processo, contrariamente a quanto suggerito dalla Corte: così, ad esempio, nell'epilogo del noto caso *Öcalan c. Turchia*, in cui il rifiuto delle

Non solo: secondo la Corte non possono applicarsi le disposizioni tradizionalmente preordinate al proscioglimento del condannato, come gli artt. 631 e 637, co. 2 e 3 c.p.p.⁴³⁵.

Si conclude, infine, come tale nuovo istituto deroghi al “principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato”: in questa prospettiva, “il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli”⁴³⁶. Sul punto la dottrina processualistica distingue opportunamente tra *violazioni di natura probatoria* e *violazioni di tipo difensiva*.

Rispetto alle prime, il *dictum* convenzionale potrebbe calarsi all'interno del processo di revisione in regole sulla valutazione della prova, per cui “il giudice sembrerebbe [...] vincolato soltanto a non basare il suo convincimento in modo decisivo su quegli elementi”⁴³⁷.

Per quanto riguarda le violazioni difensive, invece, si pongono ulteriori problematiche: se infatti non sia possibile procedere ad un'interpretazione “convenzionalmente orientata” della norma interna, le vie prospettabili dovrebbero essere di due tipi, o la diretta applicazione della stessa e conseguente non applicazione

autorità turche di procedere con il riesame del caso si ritiene sia stato adeguatamente giustificato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie. In terzo luogo, si pone il problema di quali norme i giudici interni dovranno applicare nelle ipotesi in cui si debba procedere con questa nuova forma di revisione. In tal senso, un primo spunto di riflessione è offerto dalla stessa Corte costituzionale, la quale chiarisce che «il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione».

⁴³⁵ L'*ubi consistam* della nuova “revisione europea” è quello di garantire un nuovo processo non affinché il soggetto (ingiustamente) condannato possa essere prosciolto, quanto piuttosto affinché questi possa essere messo nella condizione in cui si sarebbe trovato qualora il suo diritto non fosse stato violato (*restitutio in integrum*), con la conseguenza che l'esito del giudizio di revisione così instaurato potrà essere «non solo conferma della condanna o proscioglimento dell'imputato, ma anche condanna ad una pena più favorevole». In effetti, parte della dottrina ha ritenuto dubbia l'esclusione *tout court* dell'applicazione della regola di cui all'art. 631 c.p.p. ai casi di “revisione europea”, specialmente quando siano in gioco violazioni attinenti alla prova: in questi casi, infatti, «è ben vero che non necessariamente la revisione europea conduce al proscioglimento; ma è altrettanto indubbio che la racc. R(2000)2 subordina la riapertura alla presenza di vizi di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del processo nazionale»; quindi, la preordinazione al proscioglimento sembra in un certo senso implicita nella (e implicata dalla) stessa richiesta di revisione. In generale, è evidente che la cernita delle norme codicistiche sulla revisione da applicare volta per volta sarà effettuata tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, a cominciare dalla tipologia e dagli effetti della violazione intervenuta.

⁴³⁶ Sul punto, cfr. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4/2011, p. 11.

⁴³⁷ Cfr. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, p. 10.

della norma interna contrastante o la formulazione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. rispetto alla disposizione convenzionale violata⁴³⁸.

Si ritiene preferibile, anche in armonia delle riflessioni svolte, di aderire alla parte di dottrina per cui sussistono margini di manovra per tentare di “integrare” le norme interne con il diritto di matrice convenzionale, come interpretato dalla Corte Edu, senza che ciò possa risolversi in una violazione del principio di tassatività delle nullità: se, infatti, «la Cedu e la sua interpretazione giurisprudenziale fanno parte del nostro ordinamento in quanto recepite con legge dello Stato, le violazioni della Convenzione potrebbero rientrare tra quei “casi previsti dalla legge” di cui all'art. 177 del codice di rito. Solo nelle ipotesi di contrasto insanabile tra la normativa convenzionale e quella costituzionale dovrebbe quindi procedersi con l'incidente di costituzionalità»⁴³⁹.

Ovviamente, si tratta di una ricostruzione cui fare ricorso *cum grano salis*, onde evitare di sacrificare ingiustamente e integralmente il principio della certezza del diritto; in ogni caso, le soluzioni esperibili dipenderanno in massima parte dalle peculiarità del caso concreto e dalle precipue violazioni rilevate dal Giudice di Strasburgo.

3.6.3. Prospettive comparate.

Il dibattito circa l'ammissibilità di forme di riesame del processo penale a seguito dell'accertata violazione dei diritti fondamentali dell'imputato da parte della Corte Edu si ripercuote anche sulla scena europea⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Cfr. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2011, p. 815. Una simile impostazione sembra condivisa anche da quella dottrina che ritiene che ancora «non sia sufficientemente penetrata presso la nostra giurisprudenza la consapevolezza che la Convenzione è *diritto vigente* nel nostro ordinamento, ed è parte di quella “legge” che il giudice – anche il giudice ordinario – è tenuto a *interpretare* e ad *applicare* nei casi concreti ai sensi dell'art. 101 Cost.»: cfr. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012, p. 7).

⁴³⁹ Vedi, sul punto, VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 7.

⁴⁴⁰ Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Milano, 2012. Tra i Paesi europei che hanno proceduto espressamente alla rimodulazione delle norme processuali, si annoverano Austria, Belgio, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Georgia, Gran Bretagna, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Repubblica Ceca, Russia, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Turchia, Ucraina. Altri Paesi, invece, pur non avendo modificato l'assetto del proprio codice di rito, ammettono la riapertura dei procedimenti penali per il ricorso a clausole generali, come ad esempio, in Armenia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Norvegia, Islanda, Svezia. Residuano, tuttavia, un gruppo minoritario di Paesi che non ha ancora espressamente preso posizione in merito, come ad esempio, in Lichtenstein, Spagna.

Di notevole interesse è il caso della Germania, in cui la revisione dei processi penali a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo è espressamente prevista, in forza dell'innovazione legislativa del 2 aprile 1996, ai sensi dell'art. 359 n. 6 del codice di rito (*Strafprozeßordnung*), in ragione del quale è possibile accedere all'istituto, laddove “la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riscontrato una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e la sentenza nazionale si basi su tale violazione”⁴⁴¹.

La disciplina introdotta in Germania, purchè nel rispetto di tutte le condizioni di cui alla norma, nonché di quelle ricavate successivamente da parte della dottrina e della giurisprudenza e, segnatamente, la sussistenza del nesso causale tra la violazione accertata in sede europea e l'esito del giudizio interno⁴⁴², consente la revisione, a seguito di sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, in presenza di violazioni di tutte le norme convenzionali, sia che il vizio accertato sia di tipo procedurale sia di natura sostanziale⁴⁴³. Tra i Paesi di area tedesca, si annovera anche l'Austria, in cui si è proceduto ad inserire una nuova sezione del codice di procedura penale (*ex* sezione 363a), ai sensi del quale si prescrive che “se la Corte europea dei diritti umani, in una sentenza, accerta una violazione della Convenzione o di uno dei suoi protocolli, causata da una decisione di un tribunale penale, la procedura in questione deve essere rinnovata, allorchè non si possa escludere che la violazione riscontrata possa avere avuto

⁴⁴¹ “Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig [...] 6. wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht”. Per un approfondimento, Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., p. 114; PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1016-1032; MEYER-LADEWIG, *German experiences with the execution of judgements of the European Court of Human Rights*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, p. 158 ss.

⁴⁴² Si richiede, infatti, che la decisione interna sia “basata” sulla violazione accertata dalla Corte europea: “[...] und das Urteil auf dieser Verletzung beruht”, *ex* art. 359, n. 6 dello *Strafprozeßordnung*.

⁴⁴³ È interessante notare come il principio dell'intangibilità del giudicato venga messo in discussione anche nell'ambito civile, laddove il legislatore tedesco è intervenuto introducendo, ai sensi dell'art. 580 del codice di procedura civile (*Zivilprozeßordnung*), un'ottava ipotesi di *Restitutionsklage*, stabilendo che gli interessati possano agire con tale strumento di revisione “anche quando la Corte Edu abbia stabilito che sia stata violata la Convenzione ovvero i suoi protocolli e la sentenza si sia basata su tale violazione”. Si ritiene che tale forma di revisione possa esplicitare ripercussioni anche sul regime del giudicato in ambito amministrativo, atteso il richiamo dell'art. 153 del *Verwaltungsgerichtsordnung* al codice di procedura civile. La problematica è stata affrontata anche in sede di procedimento disciplinare, in relazione al caso *Stambuck*, nel quale la Germania era stata condannata dalla Corte europea, in data 17 ottobre 2002, per la violazione dell'art. 10 Cedu; in conseguenza alla pronuncia, il legislatore tedesco è intervenuto, con la legge del 25 febbraio 2003, a modificare l'art. 66 del *Baden-Württemberg Heiberufes-Kammergesetz*, introducendo la possibilità, per il condannato di chiedere la riapertura del proprio procedimento disciplinare definitivo, facendo riferimento all'art. 359 n. 6 del *Strafprozeßordnung*.

un'incidenza negativa sulla decisione assunta dal tribunale penale per la persona interessata⁴⁴⁴. In assenza di un'apposita previsione normativa, la giurisprudenza interna riconosceva possibilità di riapertura al processo penale definitivo, in forza delle sezioni 33 e 353, § 2 del codice di rito⁴⁴⁵.

Da segnalare, altresì, la soluzione normativa adottata dal legislatore svizzero, con la riforma del 5 ottobre 2007, con cui si è modificato l'art. 410, co. 2 del codice di rito, nel senso che “la revisione per violazione della Convenzione europea del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) può essere richiesta se:/a. la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato con sentenza definitiva che la Cedu o i suoi Protocolli sono stati violati; /b. un'indennità non è atta a compensare le conseguenze della violazione; e/c. la revisione è necessaria per porre fine alla violazione./3. La revisione a favore del condannato può essere chiesta anche dopo la sopravvenienza della prescrizione./4. La revisione limitata alle pretese civili è ammissibile soltanto se la legge di procedura civile del foro consente la revisione in materia civile”⁴⁴⁶. In termini pressochè identici, l'art. 328, § 2 del codice di procedura civile, adottato con legge del 19 dicembre 2008, con cui si stabilisce che: “la revisione può essere chiesta per violazione della (Cedu) se:/a. la Corte europea dei diritti

⁴⁴⁴ “Wird in einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl, Nr. 210/1958, oder eines ihrer Zusatzprotokolle durch eine Entscheidung oder Verfügung eines Strafgerichtes festgestellt, so ist, dass Verfahren auf Antrag insoweit zu erneuern, als nicht auszuschliessen ist, dass die Verletzung einen für den hievon Betroffenen nachteiligen Einfluss auf den Inhalt einer strafgerichtlichen Entscheidung ausüben konnte”.

⁴⁴⁵ In base ai quali, il Procuratore generale, di propria iniziativa o su richiesta del Ministero della Giustizia, promuove una simile istanza di riapertura nell'interesse della legge (“zur Wahrung des Gesetzes”) avverso le sentenze penali basate su una violazione o una scorretta applicazione della legge (“Verletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes beruhen”). La revisione processuale è stata concessa, ad esempio, nel caso *Unterpertinger*, a seguito della decisione della Corte europea del 24 novembre 1986 (nella quale si era accertato la violazione dell'art. 6 CEDU, in relazione alla mancata audizione da parte dell'imputato di testimoni a propria difesa), con l'assoluzione dell'imputato nel nuovo giudizio, ovvero, nel caso *Plischke*, con la rideterminazione della pena. Cfr. C. eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*, seria A n. 110; C. eur. dir. uomo, 26 aprile 1995, *Plischke c. Austria*, seria A, n. 312. Simili evoluzioni normative e giurisprudenziali non si registrano, invece, in ambito civile, né nel contesto amministrativo, nei quali prevale ancora una soluzione contraria ovvero possibili margini di apertura per singoli ipotesi, come ad esempio, in relazione al procedimento amministrativo con riferimento al diritto di essere ascoltato da parte dell'interessato. Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., p. 100.

⁴⁴⁶ Già in precedenza si era giunti all'ammissibilità della riapertura del processo penale tramite il ricorso all'art. 139a della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943, così come modificata dalla legge del 15 febbraio 1992: con sentenza del 24 agosto 1998, il Tribunale federale svizzero aveva optato per la revisione del processo penale, con assoluzione finale di tutti gli imputati, nel caso *E.L., R.L. et J.O.L. e A.P., M.P. & T.P.*, a seguito della decisione della Corte europea del 29 agosto 1997, con cui si era accertata l'avvenuta violazione dell'art. 6, § 2 Cedu.

dell'uomo ha accertato in una sentenza definitiva che la Cedu o i suoi protocolli sono stati violati; /b. un indennizzo è inadatto a compensare le conseguenze della violazione; e/c. la revisione è necessaria per rimuovere la violazione". Tali previsioni si applicano anche ai procedimenti giurisdizionali in materia amministrativa⁴⁴⁷.

La Danimarca appartiene, invece, al gruppo di Paesi europei che ha scelto di risolvere la questione dell'incidenza delle pronunce sovranazionali rispetto al giudicato penale tramite il ricorso a clausole generali già esistenti nelle norme processuali: ai sensi dell'art. 977 del codice di rito, infatti, si ammette la revisione del procedimento penale definitivo in base alla sussistenza di c.d. "circostanze speciali/*særlige omstændigheder*" che "mostrino con forza che degli elementi di prova non sono stati valutati in modo corretto": ipotesi confermata dalla giurisprudenza, a partire dal caso *Jersild*, con cui la Corte d'Appello della Danimarca orientale ha disposto la riapertura del processo penale, con conseguenziale assoluzione dell'imputato, a seguito della decisione della Corte europea del 23 settembre 1994, con cui si era accertata la violazione del § 10 Cedu⁴⁴⁸.

Da ultimo, infine, il caso della Spagna. Al pari dell'Italia, anche in Spagna non esiste un rimedio normativo espresso in materia di revisione processuale a seguito di violazioni accertate in sede sovranazionale, né si registrano interventi normativi in tal senso. Tiene banco, invece, il dibattito giurisprudenziale e, segnatamente, un recente *revirement* del *Tribunal Constitucional* circa l'ammissibilità dell'esecuzione delle pronunce della Corte Edu tramite il *recurso de amparo*: in un primo momento, infatti, la Corte ha riconosciuto la possibilità di riapertura del procedimento penale, nel caso

⁴⁴⁷ Anche il Belgio e la Francia hanno optato per una riforma espressa del codice di rito, in seguito alle sollecitazioni sovranazionali. Il legislatore belga è, infatti, intervenuto ad inserire un apposito capitolo agli artt. 442-*bis*-442-*octies* con la legge primo aprile 2007, lungo un *iter* parlamentare lungo e complesso iniziato nel 2002 e culminato con tale novella, entrata in vigore il primo dicembre dello stesso anno: tale forma di revisione si riferisce esclusivamente alle ipotesi di riapertura del processo penale, atteso che per il giudicato civile ed amministrativo il ricorso individuale rimane precluso. In Francia, si è intervenuti con la legge n. 516 del 15 giugno 2000, con cui è stata introdotta nel codice di rito francese la possibilità di chiedere, ai sensi degli artt. 626-1, la revisione «lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de dispositions de la convention a été prononcée en violation des dispositions de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnelles, des lors que, par sa nature et gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la "satisfaction équitable" allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme». In ambito civile si riconoscono, invece, possibili margini di riapertura del processo ricorrendo ai principi generali dell'art. 595 del codice di rito, mentre rimangono esclusi nel settore amministrativo, in mancanza di specifici appigli normativi in tal senso.

⁴⁴⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*. Per un approfondimento, cfr. SCJARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., p. 176.

concreto, a seguito di decisione di condanna della Corte di Strasburgo, con annullamento della sentenza interna e svolgimento di un nuovo processo, ritenendo che l'esecuzione di una pronuncia in contrasto con la Convenzione avrebbe rappresentato un contrasto allo stesso ordine costituzionale spagnolo *ex artt. 10, co. 2 e 96 Cost.*⁴⁴⁹; in un secondo momento, invece, l'evoluzione giurisprudenziale del *Tribunal Constitucional* ha negato tale forma di tutela⁴⁵⁰, tanto che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha invitato in diverse occasioni la Spagna in ordine alla “*necessity of introducing into Spanish law a clear possibility of reopening proceedings following judgment of the European Court*”⁴⁵¹.

3.7. L'incidenza del principio di legalità convenzionale sulla pena: il caso *Scoppola*.

Il principio convenzionale che più ha influito sulla giurisprudenza di Strasburgo nel processo di erosione dell'intangibilità del giudicato penale interno è costituito indubbiamente dal principio della retroattività della *lex mitior*.

La portata applicativa di tale principio è stata evidenziata a partire dal *leading case Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, con cui la Corte di Strasburgo ha definitivamente abbandonato la precedente posizione che escludeva il principio di retroattività della *lex mitior* dalla sfera di tutela dell'art. 7 Cedu, per affermare che “l'articolo 7 § 1 della Convenzione sancisce [...] anche, e implicitamente, il principio della *retroattività della legge penale meno severa*. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali

⁴⁴⁹ Il riferimento corre alla decisione del *Tribunal Constitucional* del 16 dicembre 1991, nella vicenda *Barbèra, Messequé e Jabardo* con la riapertura del processo ed assoluzione degli imputati, al termine del nuovo giudizio. Per un riferimento bibliografico, *ex multis*, cfr. SORIA JIMENEZ, *La problemática ejecución de la sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rev. esp. der. const.*, 1992, p. 313; BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997, p. 157.

⁴⁵⁰ Come è stato osservato, infatti, in dottrina risulta che “il *Tribunal Constitucional* sembra essersi fatto carico delle riserve avanzate rispetto a tale soluzione e appare più restio a riconoscere la possibilità di applicare tale istituto al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea richiedenti la riapertura”. Cfr. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, p. 1844; SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., p. 156.

⁴⁵¹ Le Risoluzioni ResDH(2005)93, ResDH(2005)94, ResDH(2005)95 relative ai casi *Gabbari, Moreno, Perote, Pellon e Pescador Valero c. Spagna*. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, cit., nt. 129, p. 156.

posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato⁴⁵².

⁴⁵² La Corte Edu, tramite un *revirement* della propria giurisprudenza, giunge ad iscrivere nell'alveo di tutela dell'art. 7 Cedu, anche il principio di retroattività della *lex mitior*, secondo un'accezione particolare: il raggio di tutela del principio in esame si estende alle norme processuali e, segnatamente, all'art. 442, co. 2 c.p.p., in materia di determinazione della pena per effetto dell'accesso al rito abbreviato, nella misura in cui esse incidano sulla pena e sul trattamento sanzionatorio, commisurato in relazione alla gravità del fatto ed al principio di colpevolezza dell'imputato per i fatti ascritti. La riconducibilità delle norme incidenti sulla pena alla sfera di operatività dell'art. 7 Cedu, conduce la Corte a ricomprendervi anche il fenomeno di successioni di leggi temporali succedutesi nel corso del procedimento penale, dalla commissione del fatto all'accertamento della responsabilità penale in sede di condanna. Ne consegue che, in caso di mutamento legislativo verificatosi nel corso del medesimo procedimento penale, all'imputato dovrà essere applicata la disciplina normativa più favorevole, in modo tale da soddisfare i requisiti dell'art. 7 Cedu in termini di prevedibilità ed accessibilità oggettiva e soggettiva dell'imputato rispetto alla sanzione comminata (*id est*: lettura del principio di legalità secondo l'accezione convenzionale, comprensiva, altresì del principio di colpevolezza). Trattasi, come è noto, di un'interpretazione estensiva ed evolutiva del principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu, a cui si sono aggiunti nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale altri connotati, quali il principio di proporzione, accessibilità e prevedibilità anche di tipo soggettivo: in origine, infatti, il principio di legalità convenzionale si declinava in termini di principio di irretroattività della disciplina più sfavorevole, ma non garantiva il diritto all'imputato di beneficiare della applicazione di una pena più mite, prevista da una legge posteriore al reato. Come espresso, infatti, dalla Commissione europea, in seno alle pronunce *X c. Germania* del 1978 e *Le Petit c. Regno Unito* del 2000, nonché *Zaprianov c. Bulgaria* del 2003, l'art. 7 Cedu non contemplava il diritto di vedersi applicare una legge più favorevole retroattivamente, se non che dalle prime pronunce della Commissione, la Corte rileva come il *background* normativo si sia notevolmente affinato sia sul piano internazionale sia all'interno della più ristretta dimensione europea: basta citare (a) l'art. 15, § 1 ultima parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici, con cui si afferma che "1. [...] Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne"; (b) l'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, con cui si prevede che: "[...] Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne"; (c) l'art. 49, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui "1. [...] Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima". L'affinamento della sensibilità giuridica è emerso anche in seno alla Corte di Lussemburgo, in relazione all'applicazione ed interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, a partire dal già citato *leading case Berlusconi e altri*, in cui il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite veniva ricondotta all'interno delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, derivandone, pertanto, la conclusione per cui "tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario". Principio ripreso altresì sul piano internazionale, da parte del Tribunale penale internazionale dell'ex Jugoslavia, con la pronuncia del 4 febbraio 2005, in cui si affermava che "il principio della *lex mitior*, se è correttamente inteso, si applica allo Statuto del Tribunale internazionale" In altri termini, secondo la Corte, dalla decisione *X c. Germania* del 1978, "si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale". Per un approfondimento, per tutti, cfr. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 72 ss. In tale contesto, si vuole dare conto della pronuncia Scoppola per la rilevanza che ha avuto di per sé, in quanto tale, sul panorama internazionale ed interno: tale pronuncia, inoltre, risulta fortemente esemplificativa per il discorso sviluppato nel proseguito, nel tentativo di riportare ad unitarietà la questione delle antinomie (sopravvenute) incidenti sulla pena. Tutte le ricadute, soprattutto, il successivo dibattito interno che è seguito dalla sentenza Scoppola e, segnatamente le posizioni (di chiusura) della Corte costituzionale nel riconoscere portata innovativa della sentenza in esame, saranno esaminati in separata sede, nella misura in cui sarà opportuno riportare il discorso dal piano sovranazionale a livello interno in ordine al bilanciamento di interessi costituzionali tra

3.7.1. (Segue) La vicenda processuale.

La vicenda processuale del caso *Scoppola* si presenta alquanto complessa ed articolata⁴⁵³.

Come è noto, l'*iter* processuale del prevenuto è stato intervallato da una successione di leggi incidenti sul trattamento sanzionatorio; mutamenti normativi coincidenti con momenti e date significative della stessa scansione temporale del processo in corso. Data la peculiarità del caso concreto, occorre preliminarmente procedere ad un riepilogo delle molteplici discipline succedutesi temporalmente lungo tutto l'*iter* processuale e, segnatamente, secondo le seguenti tappe evolutive⁴⁵⁴.

(a) **Legge α**, laddove con tale espressione si indica la disciplina normativa vigente al 25 aprile 1991 fino al 1999: a far data del 25 aprile 1991, giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale della sentenza della Corte costituzionale n. 176/1991, con cui si dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 442, co. 2 c.p.p. per eccesso di delega, nella misura in cui prevedeva la sostituzione della pena di anni trenta di reclusione in luogo dell'ergastolo in sede di rito abbreviato, risultava precluso l'accesso al rito abbreviato agli imputati perseguiti con delitti punibili con l'ergastolo;

l'applicabilità della *lex mitior* (quale principio inderogabile) rispetto all'operatività di altri principi di pari rango, ciò in sede di cognizione e poi in esecuzione della pena.

⁴⁵³ Per una bibliografia completa degli aspetti che variamente hanno interessato la vicenda Scoppola, cfr. in ordine, BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014; CANTARINI, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in www.archiopenale.it, 2013; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 30 ss.; ID., *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, p. 2030 ss.; ID., *Overruling favorevole alla Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3981 ss.; ICHINO, *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010, p. 849 ss.; LAMARQUE-VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1/2011, p.128 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2010, p. 405 ss.; ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012; ID., *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, ivi, 5 ottobre 2012; Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012; ID., *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, ivi, 18 aprile 2012, p. 1 ss.; ID., *Pena illegittima e giudicati. Riflessioni a margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga del "fratelli minori" di Scoppola*, ivi, 12 maggio 2014; ID., *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, ivi, 10 settembre 2012.

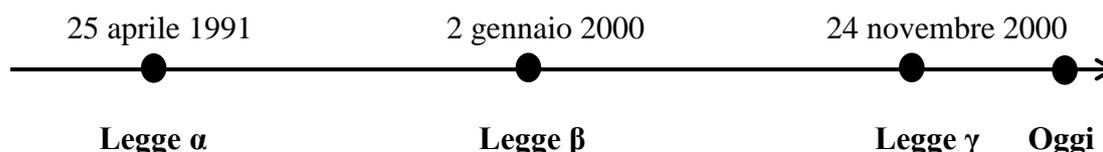
⁴⁵⁴ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

(b) **Legge β**, laddove con tale espressione si indica la disciplina normativa vigente a partire dal 2 gennaio 2000 al 24 novembre 2000: a far data del 2 gennaio 2000 entrava in vigore la legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge “Carotti”), il cui art. 30 lett. b) riformulava l’art. 442, co. 2 c.p.p., nella parte in cui, per il caso di condanna in sede in giudizio abbreviato si ripristinava la possibilità per l’imputato di delitti punibili con l’ergastolo di accedere al rito abbreviato e di beneficiare, per tale effetto, della sostituzione della pena detentiva, ad anni trenta di reclusione;

(c) **Legge γ**, con tale espressione si identifica, invece, la disciplina attualmente in vigore, a far data dal 24 novembre 2011 del d.l. 24 novembre 2000, conv. con modif. in legge 19 gennaio 2001, n. 4, con cui, da una lato, dichiarando di operare in sede di interpretazione autentica, ha stabilito che la portata dell’espressione “pena dell’ergastolo”, contenuta nell’art. 442 co.2 ult. per. c.p.p., andasse intesa limitatamente all’ergastolo senza isolamento diurno (art. 7, co.1); dall’altro, ha aggiunto un ulteriore periodo alla fine dello stesso art. 442 co.2 c.p.p., secondo il quale la pena dell’ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di due o più reati o di reato continuato, deve essere sostituita con la pena dell’ergastolo senza isolamento diurno (art. 7, co.2);

(d) **Legge δ**, nella previsione dell’art. 7, co. 2 è la disciplina attualmente vigente, sino ad una nuova modifica dell’art. 442, co. 2 c.p.p.⁴⁵⁵.

In sintesi, applicando tali discipline normative sulla linea temporale:



Avendo chiaro il quadro normativo in esame, è possibile procedere alla disamina del caso processuale Scoppola: il 2 settembre 1999, Scoppola si rendeva autore dell’omicidio della moglie e del ferimento di un figlio; arrestato il giorno seguente, veniva rinviato a giudizio per omicidio aggravato, tentato omicidio, maltrattamento in famiglia e porto abusivo d’armi⁴⁵⁶.

All’epoca dei fatti, l’imputato non avrebbe potuto accedere al rito alternativo, atteso che i fatti così contestati sarebbero stati astrattamente punibili con la pena

⁴⁵⁵ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁴⁵⁶ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

dell'ergastolo con isolamento diurno, da due a diciotto mesi, ai sensi dell'art. 72, co. 2 c.p.: la disciplina di riferimento è infatti rappresentata dalla **Legge α**, di cui sopra. In corso di procedimento, in data 2 gennaio 2000, tuttavia, entrava in vigore la disciplina espressa dalla **Legge β**, con un regime sanzionatorio nettamente più favorevole per l'imputato: in udienza preliminare del 18 febbraio 2000,, l'imputato richiedeva di avvalersi del giudizio abbreviato, atteso che l'art. 442, co. 2 c.p.p., nuovamente formulato per effetto della **Legge β** prevedeva che: "In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta"; il 24 novembre 2000 il GUP presso il Tribunale di Roma condannava, dunque, Scoppola ad anni trenta di reclusione. Tale data assume un significato decisivo, atteso che il medesimo giorno entrava in vigore il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (la **Legge γ**), la quale – come si è indicato sopra – sanciva l'applicazione retroattiva, in quanto di interpretazione autentica alla disciplina normativa previgente, dell'art. 442, co. 2 c.p.p. così come riformulato, prevedendo la comminazione della pena dell'ergastolo semplice in luogo dell'ergastolo con isolamento diurno, ipotesi applicabile anche all'imputato Scoppola. In ragione della nuova normativa, il Procuratore della Repubblica presso la Corte d'Appello di Roma proponeva ricorso in Cassazione, lamentando l'erronea applicazione della legge, atteso che le norme processuali da applicare al caso concreto dovevano essere integrate alla luce della recente riforma, trattandosi, infatti, di norma processuale ascrivibile al principio del *tempus regit actum*: la pena comminabile all'imputato era rappresentata quindi dall'ergastolo semplice, anziché da quella più favorevole di anni trenta di reclusione; ricorso della pubblica accusa convertito in appello, in ragione dell'impugnazione sotto il profilo del merito della colpevolezza dell'imputato⁴⁵⁷.

In accoglimento del gravame della pubblica accusa, con sentenza di data 10 gennaio 2002, la Corte d'Assise d'Appello riformava la sentenza del GUP, condannando Scoppola all'ergastolo semplice, in attuazione della **Legge γ** più sfavorevole; pronuncia confermata anche dalla Suprema Corte, con sentenza depositata il 20 gennaio 2003⁴⁵⁸.

Successivamente, il prevenuto tentò di adire nuovamente la Corte di Cassazione, in forza del ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*, contestando la

⁴⁵⁷ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁴⁵⁸ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

violazione delle garanzie processuali, ai sensi dell'art. 6 e 7 Cedu, nella misura in cui, confidando nell'applicazione della disciplina più favorevole, vigente al momento della proposizione della richiesta di rito alternativo, avanzata in seno all'udienza preliminare del 18 luglio 2000, egli aveva legittimamente rinunciato ad accedere alla fase dibattimentale in ragione dell'evidente sconto di pena per l'accesso al rito abbreviato, alla pena di anni trenta di reclusione, anziché della pena dell'ergastolo con o senza isolamento diurno⁴⁵⁹.

Nel maggio 2004 il ricorso veniva dichiarato inammissibile dalla Corte di Cassazione: tuttavia, già nel marzo 2003, Scoppola proponeva ricorso alla Corte Edu, ribadendo le proprie doglianze in merito alla violazione degli artt. 6 e 7 Cedu; il 2 settembre 2008 la camera della seconda sezione della Corte cui la causa era stata assegnata decideva di rinviare il caso per la decisione in unica istanza alla Grande Camera, in considerazione della speciale importanza della questione di diritto sollevata dal caso medesimo⁴⁶⁰.

3.7.2. (Segue) La pronuncia della Corte europea.

Già molto si è detto della sentenza *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, pronunciata dalla Grande Camera il 17 settembre 2009 all'unanimità dei suoi componenti sotto il profilo dell'art. 6 Cedu, a maggioranza di undici voti favorevoli, su sei contrari, per quanto attiene al profilo più innovativo dell'art. 7 Cedu.

Prima di procedere ad una compiuta disamina dell'*iter* argomentativo della Corte, occorre dedicare due note alle *dissenting opinions* dei giudici contrari all'accertamento dell'avvenuta violazione dell'art. 7 Cedu⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁴⁶⁰ Cfr. VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁴⁶¹ Si sorvola sull'opinione concorde dei giudici *Cabral Barreto* e *Sikuta*, nella misura in cui rafforzano l'argomentazione dell'avvenuta violazione degli artt. 6 e 7 Cedu. La violazione delle disposizioni convenzionali e, qui si ravvede, invece, una similitudine rispetto alle opinioni parzialmente dissenzienti espresse dai sei giudici sull'art. 7 Cedu, non starebbe tanto in una violazione dell'art. 7 CEDU sotto il profilo della retroattività della *lex mitior* quanto piuttosto sulla irretroattività della legge penale sfavorevole, nella misura in cui si evidenzia come, nel caso concreto, la disciplina normativa più sfavorevole rappresentata dalla Legge γ , ovvero sia dall'art. 7 del d.l. n. 341/2000 sarebbe entrata in vigore verosimilmente non prima del tardo pomeriggio, mentre la sentenza di condanna in primo grado alla pena più favorevole di anni trenta di reclusione, in forza della Legge β , sarebbe stata emessa in mattinata: secondo un raffronto temporale tra l'emissione della sentenza di primo grado e l'entrata in vigore/pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, i giudici concludono come il Procuratore generale presso la Procura della Repubblica di Roma non avesse avuto alcun titolo per richiedere la riforma *in peius* della sentenza di primo grado, se non in forza di un'illegittima applicazione sfavorevole di una legge penale,

Secondo le opinioni dei giudici *Bratza, Lorenzen* ed altri, si nega la validità dell'interpretazione evolutiva attribuita dalla maggioranza all'art. 7 Cedu: il caso di specie, inoltre, non avrebbe potuto essere ricondotto allo schema dell'art. 7 Cedu, avendo l'imputato subito una violazione alle sue garanzie processuali che ben si spiegano nell'ottica di tutela apprestata, ai sensi dell'art. 6 Cedu. Ciò che in realtà si asseriva fosse stato violato era costituito dal diritto dell'imputato alla celebrazione di un processo "equo"⁴⁶².

Preso atto delle opinioni dissenzienti, la maggioranza della Corte propende, invece, per la giustificazione e legittimazione di un'interpretazione estensiva ed evolutiva dell'art. 7, § Cedu. In sintesi, i passaggi argomentativi rilevanti:

(a) *Violazione dell'art. 7 Cedu.*

(a¹) *Principio del nullum crimen, nulla poena sine lege.*

entrata in vigore, per l'imputato successivamente all'emanazione della pronuncia di primo grado. Non si tratterebbe, quindi, della mancata applicazione retroattiva della disciplina normativa intermedia più favorevole, quanto piuttosto della comminazione di una pena più severa irretroattivamente. Cfr. C. eur. dir. uomo, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola* (n. 2) c. *Italia*, ric. n.10249, p. 38.

⁴⁶² L'istanza di accesso al rito abbreviato era, infatti, stata presentata all'udienza del 19 febbraio 2000, mentre l'imputato veniva giudicato, solamente, dopo numerosi mesi, il 24 novembre 2000, senza alcuna giustificazione sotto il profilo di un processo equo e celebratosi secondo tempi ragionevoli. Non si coglie, quindi, un nesso tra la fattispecie in esame e il principio di legalità dell'art. 7 Cedu: la critica più pregnante risiede, però, nella negazione della riconducibilità del principio della retroattività della *lex mitior* all'interno dell'alveo di tutela della legalità. A supporto di tale tesi, deporrebbero, in primo luogo, argomentazioni di ordine storici sottesi alla formulazione originaria della disposizione in esame: "L'art. 7, § 1 della Convenzione, adottato nel 1950, è stato redatto sul modello dell'articolo 11, § 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel 1948, articolo che esso riprende quasi parola per parola. I lavori preparatori dell'art. 7, § 1 mostrano che la possibilità di aggiungervi il principio della legge più favorevole è stata prevista e poi abbandonata". Ad un raffronto sistematico con gli altri trattati internazionali, i giudici ritengono significativa l'assenza della previsione del principio della retroattività della *lex mitior*, così come avvenne, in prima battuta, alla disposizione equivalente, dell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: la sua aggiunta, in un secondo momento, avrebbe comportato, anzi, delle criticità interpretative rispetto al testo originario di non poco conto. L'estraneità del principio della *lex mitior* veniva opportunamente rilevato anche nelle prime pronunce della Commissione europea, nel periodo immediatamente successivo alla modifica all'art. 15 del Patto internazionale: come si affermava, nella già citata pronuncia *X c. Germania*, infatti, si ribadiva come "l'articolo 7 della Convenzione non contiene alcuna disposizione simile all'articolo 15 paragrafo 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite, che riguarda peraltro una ipotesi diversa garantendo al delinquente il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista posteriore al reato". Assodata la contrarietà alla ratio originaria dell'art. 7 Cedu del principio in esame, i giudici prendono atto dell'evoluzione normativa nel contesto internazionale e, quindi, del consequenziale, affinamento della sensibilità giuridica sviluppata dalla Corte in relazione alla difesa delle garanzie processuali degli imputati; interpretazione evolutiva che, tuttavia, dovrebbe essere attentamente calibrata ad ogni singola disposizione, senza eccedere ed oltrepassare il confine, andando a prevedere "un diritto che non vi è stato inserito in partenza". Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., pp. 449-450.

Il principio di legalità convenzionale, sancito ai sensi dell'art. 7 Cedu rappresenta una garanzia fondamentale del sistema Cedu, annoverato tra i principi non soggetti ad alcuna deroga in tempo di guerra ovvero di altro pericolo pubblico, ai sensi del regime derogatorio di cui all'art. 15 Cedu. All'interno dell'alveo di tutela dell'art. 7 Cedu non rientra solamente il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole per l'imputato, ma anche il divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, nonché il principio di precisione e tassatività delle fattispecie incriminatrici e delle pene⁴⁶³.

(a²) *Definizione di norma penale ai fini della Convenzione.*

La Corte ricorda, come ai fini dell'applicazione della Convenzione, si debba partire da concetti autonomi di "reato" e di "pena" (al pari delle nozioni di "diritti e obblighi di natura civile" e di "accusa in materia penale", *ex art. 6, § 1*), andando oltre la categorizzazione formale del diritto interno e valutare, secondo i canoni convenzionali, se una misura si traduca in concreto in una "pena", riconducibile, in primo luogo, alla circostanza che la misura debba essere inflitta a seguito di condanna che accerti la responsabilità penale dell'imputato; in secondo luogo, si tratti di sanzione che per la natura, la sua qualificazione sul piano interno, le procedure associate alla sua adozione, nonché al suo grado di gravità ed afflittività rimandi inequivocabilmente ad una sanzione punitiva e repressiva⁴⁶⁴.

(a³) *Prevedibilità della legge penale.*

Nel ripercorrere la propria giurisprudenza consolidata in materia di legalità, la Corte ricorda come nel concetto di "legge" in senso convenzionale non possa essere ricompresa unicamente la legge scritta, ma vi debbano inevitabilmente rientrare anche le tradizioni giudiziali di *common law*⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., pp. 449-450.

⁴⁶⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, GC, 17 settembre 2009, Scoppola (n. 2) c. Italia, §§ 96-98, p. 24: i giudici tornano nuovamente ad evidenziare come nel *leading case Kafkaris c. Cipro*, la Corte aveva distinto il concetto di pena, comprensivo anche delle misure procedurali o regolamentari incidenti sulla pena in concreto, rispetto alle mere norme attuative/esecutive non facenti parte del concetto convenzionale di "pena", ai sensi dell'art. 7 Cedu. In tale occasione, la Corte aveva escluso nel novero della categoria di "pena" quelle misure emesse allo scopo di rinviare una pena o di disporre un cambiamento nel sistema della liberazione condizionale. Cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., pp. 449-450.

⁴⁶⁵ La giurisprudenza, secondo la Corte, oltre ad essere equiparata a fonte di diritto, svolge un ruolo di integrazione e di interpretazioni delle regole, che inevitabilmente vengono costruite dal legislatore come astrette e generiche: la giurisprudenza contribuisce, infatti, all'evoluzione progressiva del diritto penale. Cfr. C. eur. dir. uomo, *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, § 29, seria A, n. 176-A. Cfr.

Secondo la Corte, quindi, “non si può interpretare l’articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria da una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e *ragionevolmente prevedibile*”: proprio sul piano della *prevedibilità* che la Corte innesta la legittimazione della *lex mitior* all’interno del principio di legalità⁴⁶⁶.

(a⁴) *Qualificazione dell’art. 442, co. 2 c.p.p. norma penale materiale.*

Definitosi il principio in astratto, la Corte valuta opportuno esaminare la sua diretta applicabilità al caso in esame: passaggio obbligato risulta, quindi, la qualificazione normativa dell’art. 442, co. 2 c.p.p., modificata numerose volte dal legislatore: recepita la distinzione tra norme processuali, scandite dall’opposto principio del *tempus regit actum*, e delle norme sostanziali, ascritte al paradigma dell’art. 7 Cedu (comprensivo ora dell’opposto principio della retroattività della *lex mitior*), la Corte ritiene di dover qualificare quale norma sostanziale la disciplina sanzionatoria contenuta nell’art. 442, co. 2 c.p.p., atteso come tale disposizione non si limiti a formulare principi meramente attuativi ed esecutivi del momento punitivo, altrove stabilito, ma incide

MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., pp. 449-450.

⁴⁶⁶ Atteso infatti che “la portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo in questione, dall’ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari”, non è preclusivo il fatto che “la persona interessata sia portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato”. Il principio della *lex mitior* declinato in termini di *prevedibilità della sanzione* ed, in altri termini, legittimo affidamento sull’applicazione del regime più favorevole, attesi gli esiti prevedibili e ragionevoli della sanzione potenzialmente comminabile al caso concreto non trovava espressa legittimazione all’interno delle disposizioni convenzionali, quanto meno non sotto lo specifico profilo dell’art. 7 Cedu, potendo infatti essere ricondotta in termini più generali nel più ampio principio di equità processuale, ex art. 6 Cedu. A superamento della giurisprudenza costante, infatti, già in precedenza citata (*id est: X c. Germania; Le Petit c. Regno Unito; Zaprianov c. Bulgaria*) contraria ad un’assimilazione del principio in esame al principio di legalità, la Corte asserisce come, in ragione di un’evoluzione significativa della sensibilità giuridica complessiva sia sul piano normativo sia giurisprudenziale, sia possibile affermare che sia coerente “con il principio della preminenza del diritto di cui l’articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata”, atteso che “infliggere una pena più severa (o mantenerla tale) solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell’imputato delle norme che regolano la successione delle leggi nel tempo”. Ciò equivarrebbe, quindi, “a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all’imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività [...] sono ormai eccessive”. Ne segue la definitiva legittimazione del principio della retroattività della legge penale meno severa, che si traduce “nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella cui le disposizioni sono più favorevoli all’imputato”.

direttamente sulla graduazione della pena commisurata in base alla gravità del delitto commesso.

(a⁵) *Mancata applicazione retroattiva della disciplina normativa più favorevole per il ricorrente.*

Come già eposto nel paragrafo precedente, il ricorrente aveva commesso il fatto nel 1999, momento in cui vigeva la disciplina normativa dell'art. 442, co. 2 c.p.p. (*id est*: **Legge α**), peraltro dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 176 del 1991, per cui era precluso di fatto l'accesso al rito alternativo e in caso di commissione di uno o più reati si incorreva nella pena dell'ergastolo con isolamento diurno; nel corso del procedimento di primo grado (fino al 24 novembre 2000) entrava in vigore la disciplina normativa più favorevole (*id est*: **Legge β**), ripristinando la possibilità per l'imputato di accedere al rito abbreviato, con un significativo sconto di pena ad anni trenta di reclusione. Legge favorevole intermedia superata, per effetto dell'interpretazione autentica avvenuta in seno alla legge successiva più sfavorevole, che ripristinava la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, l'ergastolo semplice e quella dell'ergastolo con la pena di anni trenta di reclusione (*id est*: **Legge γ**)⁴⁶⁷.

(b) *Violazione dell'art. 6 Cedu.*

Integrata all'unanimità, altresì, la violazione del diritto ad un equo processo nella misura in cui l'imputato, facendo affidamento, all'interno di una più ampia ed articolata strategia difensiva, di poter accedere al rito alternativo, beneficiando in tal modo di una considerevole diminuzione di pena, aveva rinunciato alle garanzie processuali tipiche del procedimento penale ordinario caratterizzato dalla fase dibattimentale, con la formazione della prova nel contraddittorio delle parti, audizioni testimoniali e pubblicità delle udienze⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ La Corte rileva come all'interno di un preciso quadro di successioni di più discipline normative nel tempo, l'imputato aveva potuto fare legittimo affidamento sull'applicabilità della **Legge β**, nei confronti della quale era infatti ruotata la propria strategia difensiva (in termini di rinuncia al dibattimento per accedere ad un rito alternativo) in sede di primo grado in ordine all'accertamento della propria responsabilità penale e quantificazione della pena, prevedibile in anni trenta di reclusione. Si ritiene come la rinuncia consapevole e ponderata delle garanzie del giusto processo convenzionale dovesse essere legittimata da una contropartita favorevole ed assolutamente prevedibile e ragionevole rispetto alla prospettiva dei vantaggi conseguenti all'accesso al rito alternativo a quello ordinario, dibattimentale.

⁴⁶⁸ La Corte valuta anche l'opzione del regime transitorio previsto per effetto dell'art. 4-ter della legge n. 144/2000 (legge di conversione del d.l. n. 82/2000) in punto di revoca del giudizio abbreviato e contestuale richiesta di prosecuzione dell'iter procedimentale secondo il rito ordinario: si nega

(c) *Conclusioni della Corte.*

Le conclusioni della Corte sono note: in ragione di un'interpretazione estensiva della portata applicativa dell'art. 46 Cedu, si individua con precisione l'obbligazione positiva a cui lo Stato sarà chiamato ad adempiere. L'esecuzione del *dictum* europeo passa, infatti, oltre che all'identificazione di un quantum di indennizzo monetario, anche per l'individuazione puntuale di una misura individuale, consistente a far sì che lo Stato convenuto assicuri che "la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza"⁴⁶⁹.

3.7.3. (Segue) *L'esecuzione della sentenza Scoppola ad opera delle Corti interne.*

A seguito della definitività della pronuncia *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, il detenuto ricorre nuovamente in Cassazione, ai sensi dell'art. 625-*bis* c.p.p., in forza del titolo sovranazionale. In tale occasione, la Corte rivede la propria posizione, accogliendo l'istanza di Scoppola e provvedendo direttamente ad operare, in qualità di Giudice dell'esecuzione, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella più favorevole della reclusione ad anni trenta⁴⁷⁰.

Per ragioni di economia processuale, i giudici di legittimità intervengono, infatti, sul giudicato, asserendo come per la rimozione di effetti pregiudizievoli conseguenti all'accertamento in sede europea di violazioni di natura sostanziale la sede più adeguata sia rappresentata dalla fase esecutiva, in cui sia possibile incidere sul titolo esecutivo,

l'applicabilità di tale norma al caso concreto, nella misura in cui non si poteva esigere nel caso concreto che l'imputato in sede di gravame, impugnato nel merito della responsabilità penale, rinunciasse ad un beneficio legittimamente concesso durante il procedimento di primo grado e su cui, peraltro, l'imputato si era correttamente determinato in funzione del più favorevole trattamento sanzionatorio, a cui avrebbe avuto accesso per effetto della scelta del rito abbreviato, commisurato all'incertezza sanzionatoria al termine del dibattimento.

⁴⁶⁹ Principi confermati anche successivamente in seno al procedimento *Morabito c. Italia*, a conferma della pronuncia *Scoppola* (n. 2) *Italia*; ricorso dichiarato irricevibile, con decisione del 27 aprile 2010, ric. n. 21743/07.

⁴⁷⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, nonché – con riferimento a un diverso ricorrente – Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227, richiamata da ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2013, p. 3, nt. 5. In verità, le due sentenze neppure si pongono il problema se l'art. 7 d.l. 341/2000 debba essere interpretato in maniera conforme alla Convenzione, ovvero se debba essere disapplicato, o ancora se debba essere fatto oggetto di una questione di legittimità costituzionale; esse argomentano piuttosto, in maniera assai netta e sbrigativa, sulla «esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee» (n. 16507) ovvero di dare «diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nell'interpretazione datane dalla Corte europea» (n. 25227).

dichiarando inesequibile, ai sensi dell'art. 670 c.p.p. la parte di pena inficiata dalla violazione accertata e procedere, quindi, alla rideterminazione della pena, che, nel caso concreto, non attribuiva alcuna discrezionalità in capo al giudice dell'esecuzione, ma era di tipo matematico puro, per il tramite della sostituzione diretta da ergastolo ad anni trenta di reclusione⁴⁷¹.

Un ulteriore tassello al recepimento della sentenza *Scoppola* (n. 2) c. *Italia* si ha per effetto della pronuncia del 18 luglio 2013, n. 210, con cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000 in relazione al combinato disposto degli artt. 7 Cedu e 117, co. 1 Cost., nella misura in cui prevede l'applicazione retroattiva dell'interpretazione autentica dell'art. 442, co. 2 c.p.p., così come riformato in seno alla legge n. 479/1999, aggiungendo alla fine del co. 2 dell'art. 442 c.p.p. "alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo, (ex art. 7, co. 2)"⁴⁷².

⁴⁷¹ Cfr. *ex multis*, UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in BALSAMO-KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, cit., p. 121, nota 73, che, in prospettiva *de iure condendo*, a fronte di una accertata violazione dell'art. 7 Cedu è favorevole a un'ideale integrazione dell'art. 673 c.p.p.; ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 841; GAETA, *La Corte ritiene superfluo un nuovo giudizio e ridetermina direttamente la pena*, in *Guida dir.*, 2010, p. 24, spec. p. 85; CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2013, p. 27 ss.; GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1201 ss.; GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, cit., 3981 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 3981 ss.; MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 4003 ss.; SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 84 ss.

⁴⁷² Cfr. Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210, con nota redazionale in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2013, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte Edu*. Per un approfondimento, cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 85 ss. Nel delineare il proprio iter argomentativo, la Corte si premura di respingere, in primo luogo, l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura di Stato in ordine alla diretta applicabilità delle disposizioni convenzionali per il tramite della "comunitarizzazione" della Cedu, ad opera dell'art. 6 del Trattato di Lisbona: visione avanguardistica, che – come si è già avuto modo di esporre in relazione all'attuale assetto di fonti del diritto – non può essere accolta, atteso che "il rinvio operato dall'art. 6, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea alla Cedu non regola i rapporti tra ordinamenti nazionali e Cedu né, tantomeno, impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la Convenzione europea, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa". Respinta l'eccezione di inammissibilità, la Corte procede nel circoscrivere la questione di illegittimità al solo co. 1, dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000, escludendo per tale via il sindacato rispetto al co. 2 della medesima fattispecie, in ragione del fatto che in tale punto della norma si chiarisce il regime applicabile, *pro futuro*, in piena vigenza della legge, senza alcuna implicazione retroattiva; si esclude, altresì, dal raggio di sindacato costituzionale l'art. 8 del d.l. cit., perché – secondo la Corte – il giudice rimettente avrebbe omesso di motivare il profilo di criticità di tale norma, tralasciando di indicare la pertinenza rispetto al caso concreto: a bene vedere, in realtà, l'art. 8 del

Il *punctum dolens* della questione di illegittimità costituzionale ruota attorno al riconoscimento di un'efficacia espansiva, potenzialmente applicabile *erga omnes*, alla pronuncia sovranazionale *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*: definitosi, infatti, il caso *Scoppola*, residuava l'interrogativo circa l'ammissibilità di tutela da parte dell'ordinamento ai casi simili e l'individuazione di una soluzione percorribile all'interno dell'ampio ventaglio prospettato dalla dottrina (dalla soluzione negativa, al ricorso straordinario alla grazia del Presidente della Repubblica, alla declaratoria di illegittimità costituzionale, alla sola interpretazione conforme, al passaggio in esecuzione).

Riprendendo l'impostazione espressa nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite – di cui si dirà ampiamente nel proseguo – la Corte aderisce alla ricostruzione della pronuncia *Scoppola* (n. 2) *c. Italia* quale sentenza “sostanzialmente pilota”, pur non avendone i requisiti strutturali: valorizzando infatti l'evoluzione applicativa degli artt. 41, 46 Cedu si prende atto di come la Corte Edu, nel corso degli ultimi decenni, abbia potenziato la parte dispositiva della sentenza, individuando direttamente gli strumenti di intervento per la rimozione degli effetti pregiudizievoli della violazione accertata (dal ricorso a formule di indennizzo in un'ottica di *restitutio in integrum* della vittima, all'individuazione di misure individuali o a carattere generale, nel procedimento pilota)⁴⁷³.

d.l. cit., nella misura in cui, consente, in via transitoria, di revocare l'istanza di giudizio abbreviato, accedendo in tal modo alla fase dibattimentale, per *Scoppola* era una facoltà ormai preclusa, essendo stato condannato alla pena più grave dell'ergastolo in sede di gravame. Si respinge, quindi, la posizione – espressa anche dalla dottrina – dell'efficacia diretta delle disposizioni Cedu, applicabili direttamente dal giudice ordinario, secondo i canoni dell'interpretazione conforme: si conferma anche in tale sede il passaggio obbligato per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme interne, operazione ad appannaggio esclusivo della Corte costituzionale, unica detentrica del potere di sindacare la legittimità della norma interna rispetto al parametro convenzionale, interposto alla Costituzione. Vedi altresì la diversa questione, cfr. VIGANÒ, *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2013.

⁴⁷³ La riconduzione del caso *Scoppola* al modello sostanziale della sentenza pilota, emerge chiaramente dall'atteggiamento manifestato sia dal Governo, in sede di comunicazione dell'avvenuta esecuzione della sentenza sovranazionale al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sia dalla Corte di Cassazione, nella sentenza sopra citata, a conclusione del procedimento *Scoppola*. Cfr. altresì CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, p. 263 ss., per cui sarebbe «la stessa sentenza di condanna, divenuta irrevocabile, a farsi norma del caso concreto e a rendere doverosa l'attuazione del comando sanzionatorio penale»: questa sola norma (individuale e concreta) dovrebbe trovare dunque applicazione nell'incidente di esecuzione, non già la norma generale e astratta applicata dal giudice come premessa maggiore del sillogismo che lo ha condotto alla condanna. Si ritiene, peraltro, che al giudice dell'esecuzione non possa essere negato, in linea generale, il potere di sollevare una questione di costituzionalità sulla norma incriminatrice già applicata in sede di cognizione, in forza – essenzialmente – di un argomento a fortiori: sarebbe, infatti, irragionevole un sistema che statuisce il dovere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna, *ex artt. 673 c.p.p. e 30,*

Riconosciuta, quindi, la valenza *erga omnes* della pronuncia *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, la Corte valuta la praticabilità delle soluzioni normative astrattamente ipotizzate per la rimozione degli effetti pregiudizievoli dall'ordinamento giuridico: il punto nodale è rappresentato dall'individuazione di strumenti normativi che consentano una piena legittimazione circa il superamento del giudicato penale di condanna e, quindi, l'incidenza sulla pena⁴⁷⁴.

Aderendo alla soluzione di identità di effetti tra i due fenomeni abolitivi, la Corte costituzionale conclude come l'unico rimedio idoneo alla rimozione di tutti gli

co. 4, l. 87/1953, allorché l'illegittimità della norma incriminatrice sia stata incidentalmente dichiarata dalla Corte nell'ambito di un diverso procedimento, vietandogli al contempo di sollevare egli stesso una tale questione. Egli ritiene, pertanto, possibile e doverosa una interpretazione quanto meno estensiva – o analogica? – del combinato disposto degli artt. 670, 673 c.p.p. e 30 co. 4, l. 87/1953, sì da conferire al giudice dell'esecuzione un simile potere. Con ciò, si finisce per attribuire al giudice dell'esecuzione poteri addirittura più ampi di quelli ora riconosciutigli dalla Corte costituzionale, che come si è visto ha avuto cura di dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il contrasto della norma impugnata con l'art. 3 Cost., sulla base dell'affermazione che al giudice dell'esecuzione è normalmente preclusa ogni valutazione sulla incostituzionalità delle norme già applicate in sede di cognizione, salvo che nell'ipotesi specifica in cui tale incostituzionalità – ai sensi del solo art. 117, co. 1, Cost. – divenga manifesta per effetto di una sentenza della Corte di Strasburgo sopravvenuta al giudicato (oltre che, aggiungiamo, nell'ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione che non incide sul precetto ma sulla specie e la misura della pena: ipotesi parimenti caratterizzata da un fatto sopravvenuto al giudicato, come tale rimasto estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione). Sul punto, cfr. anche PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1430 ss., la quale da un lato pone in rilievo come la norma ora dichiarata incostituzionale fosse già stata ritenuta tale – evidentemente in base a parametri puramente interni – da autorevole dottrina al momento della sua emanazione, e dall'altro come la norma violasse a ben guardare non già il principio di retroattività in mitius della legge penale, bensì il generale divieto di retroattività in malam partem di una norma processuale il cui effetto sia quello di frustrare, irragionevolmente, «il legittimo affidamento dell'imputato sull'applicazione della legge più favorevole sulla cui base sono già stati compiuti atti giuridicamente rilevanti [come, nella specie, la richiesta di giudizio di abbreviato a fronte della prospettiva di un consistente sconto di pena], i cui effetti perdurino nel tempo o siano comunque destinati a prodursi in un momento successivo rispetto al compimento dell'atto; una rilevanza che, derivando dall'esigenza del rispetto delle regole del gioco da parte dello Stato, rende certe leggi processuali non suscettibili di modifiche *in malam partem* con effetto retroattivo, al pari di quanto dispone come regola generale l'art. 25, co. 2, Cost. per le leggi penali sostanziali.

⁴⁷⁴ La Corte prende atto dell'esistenza nell'ordinamento di molteplici istituti che consentono di sostenere la cedevolezza del giudicato, a fronte dell'accertamento di violazioni convenzionali di natura processuale: in simili casi, oltre al rimedio dell'art. 625-*bis* c.p.p., in caso di errore di fatto ad opera della Suprema Corte, si è estesa l'applicabilità dell'art. 630 c.p.p. ad ipotesi di revisione c.d. convenzionale, consentendo la riapertura del processo penale a seguito di violazioni dell'art. 6 Cedu accertate da una pronuncia della Corte di Strasburgo. Con riguardo, invece, alla riparazione di violazioni di natura sostanziale, il caso *Scoppola* ha evidenziato come, ai fini del caso concreto, la soluzione percorribile fosse la sede esecutiva, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., con la declaratoria di ineseguibilità del titolo esecutivo, la cui esecuzione era stata inficiata dall'accertata violazione convenzionale. Secondo l'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite, si giustificava il superamento del giudicato in esecuzione di pena, equiparando la situazione di "illegalità" convenzionale sul piano degli effetti alla declaratoria di illegittimità costituzionale con effetti generali, *erga omnes*, tramite il ricorso alla norma sostanziale di cui all'art. 30, co. 4 della legge 11 marzo 1987; mentre sul piano processuale, rimaneva fermo il richiamo al rimedio di cui all'art. 670 c.p.p.

effetti pregiudizievoli della pronuncia *Scoppola* (n. 2) c. *Italia* fosse costituito dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1 del d.l. n. 341/2000, nella misura in cui prevede l'applicazione retroattiva della sostituzione di pena (dalla reclusione alla pena più sfavorevole dell'ergastolo) ai procedimenti penali in corso in vigenza della legge più favorevole n. 479/1999, su cui avevano, quindi, fatto affidamento per l'accesso al rito abbreviato. Il profilo di illegittimità della disposizione non sarebbe rappresentato tanto dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost. (che si ritiene assorbito) quanto piuttosto nel parametro interposto dell'art. 7 Cedu all'art. 117, co. 1 Cost., così come reinterpreto nella sentenza *Scoppola* (n. 3) c. *Italia*.

I punti di forza della pronuncia n. 210/2013 consistono nell'aver unito alla situazione di "illegalità" convenzionale accertata in sede europea la declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano interno, potenziando al massimo l'efficacia espansiva della *ratio decidendi* della sentenza *Scoppola* (n. 2) c. *Italia*: la duplice dimensione di "illegalità" convenzionale/costituzionale ha agevolato a livello argomentativo e concettuale il superamento del giudicato penale il quale risulta recessivo in via immediata in base alla declaratoria di illegittimità costituzionale, per via mediata in forza dell'esecuzione *ex art.* 46 Cedu della pronuncia sovranazionale sostanzialmente assimilabile ad una sentenza pilota⁴⁷⁵.

3.7.4. (Segue) Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale post *Scoppola*.

Prima di analizzare in modo dettagliato l'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite, nel procedimento *Ercolano* e di verificare l'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. cit., occorre ricostruire – seppur brevemente – il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che aveva tenuto banco circa l'attribuibilità di una valenza *erga omnes* della pronuncia *Scoppola* (n. 2) c. *Italia* anche a casi simili, in cui i ricorrenti – pur in difetto di un apposito ricorso alla Corte Edu, ai sensi dell'art. 35 Cedu – avessero il medesimo quadro processuale di *Scoppola*, ovverosia richiesta di giudizio abbreviato in una data

⁴⁷⁵ Si mantiene fermo il passaggio obbligato per il tramite della Corte costituzionale nel caso in cui si voglia far valere la natura strutturale e patologica del vizio – si ritiene sia processuale e, non solo, sostanziale – risolvibile poi a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale/convenzionale in sede esecutiva, fatta eccezione per le ipotesi in cui sia necessaria la riapertura del processo penale.

precedente all'entrata in vigore della legge n. 479/1999 (c.d. **Legge β**) e condanna alla pena dell'ergastolo in vigore del d.l. n. 341/2000 (c.d. **Legge γ**).

Soluzione negativa da parte della giurisprudenza di merito: con ord. del 18 novembre del 2011, la Corte di Assise di Caltanissetta, in qualità di Giudice dell'esecuzione, rigettando l'istanza del prevenuto (Cavallo Aurelio) in ordine alla sostituzione *in executivis* della pena dell'ergastolo con la più favorevole pena detentiva ad anni trenta⁴⁷⁶, negava l'estensione della *ratio decidendi* della pronuncia *Scoppola* (n. 2) *Italia*⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Il caso concreto originava dall'istanza del detenuto, il quale, nonostante avesse presentato in data 25 settembre 2000 richiesta di giudizio abbreviato (in vigore, quindi, della c.d. **Legge β**), era stato condannato nel corso del primo grado alla pena dell'ergastolo con sentenza di condanna intervenuta in data 15 gennaio 2001 (in vigore, invece, della c.d. **Legge γ**); pronuncia confermata anche nei gradi successivi. In ragione del precedente *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, il prevenuto riteneva di poter beneficiare della sostituzione della pena *in executivis*, atteso che «il processo penale a suo carico, in esito al quale gli veniva comminata la pena detentiva perpetua, era stato “iniquo” e celebrato in violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come sancito dalla Corte di Strasburgo in una fattispecie del tutto analoga a quella che lo vedeva coinvolto». Cfr. Corte d'Assise di Caltanissetta, ord. 18 novembre 2011, Cavallo.

⁴⁷⁷ In ragione delle seguenti argomentazioni: - i rimedi individuati in precedenza, a vario titolo, dalla giurisprudenza postulano come pre-requisito l'esecuzione di una sentenza sovranazionale che inerisca al singolo caso del ricorrente: le ipotesi di revisione c.d. “atipica” giustificano infatti la riapertura del processo penale quale forma di tutela al caso concreto, in esecuzione della pronuncia sovranazionale che ha accettato l'intervenuta violazione dei principi in materia di giusto processo, *ex art. 6 Cedu*; così anche per i rimedi alle accertate violazioni sostanziali, individuati da una prima giurisprudenza nell'esecuzione della pena *ex art. 671 c.p.p.* ovvero per il tramite del ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*; - la Suprema Corte, con la pronuncia n. 6559 del 18 gennaio 2011, ha negato, infatti, la praticabilità di soluzioni estensive ai detenuti in esecuzione di pena che non avessero, nei termini e secondo le modalità di cui agli artt. 34 e 35 Cedu, esperito apposito ricorso alla Corte di Strasburgo; - alle ragioni di sistema, si aggiungono le motivazioni del caso concreto, secondo la Corte, radicalmente diverso, dal caso *Scoppola*: - il prevenuto non ha esperito i rimedi “impugnatori” previsti per la risoluzione di antinomie giuridiche convenzionali; rimedi invece utilizzati nel corso del procedimento *Scoppola*; - la fase esecutiva non può assurgere, infatti, ad un'ulteriore fase cognitiva “impugnatoria”, lato senso intesa; - la richiesta di rito abbreviato era stata formulata nel corso del primo grado nell'udienza del 25 settembre 2000, mentre la condanna alla pena dell'ergastolo era giunta il 15 gennaio 2001: il mutamento normativo era intervenuto, quindi, in corso di procedimento e, pertanto, il prevenuto avrebbe potuto revocare la propria richiesta di rito alternativo, accedendo in tal modo alla fase dibattimentale, senza preclusione alcune delle proprie istanze difensive; - al giudice dell'esecuzione rimane, in ogni caso, preclusa la possibilità di rideterminare la pena per effetto dell'individuazione di una legge penale più favorevole, stante il limite del giudicato, *ex art. 2, co. 4 c.p.*; - la presa di posizione della Corte trova conferma nel precedente di legittimità, nel procedimento *El Magharpil ed altri* (cfr. Cass. pen., 27 maggio 2011 n. 25280), in cui si nega l'estensibilità della valenza generale della sentenza *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, valorizzando la profonda diversità dei casi in esame. Sulla questione, cfr. altresì Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., in replica di Romeo, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, cit., nonché con contro-replica di Viganò, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, cit.

A seguito dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza, la dottrina si è interrogata circa l'ammissibilità di soluzioni ad esso contrarie e, quindi, favorevoli all'estensibilità della pronuncia sovranazionale anche a casi simili⁴⁷⁸.

Al di là di tali posizioni minoritarie, la dottrina maggioritaria riteneva che la questione dovesse essere correttamente reinterpretata, partendo da una preliminare qualificazione della portata delle sentenze sovranazionali, se limitate al caso concreto oppure estensibili *erga omnes* in ragione dei principi di diritto in esse affermate, e della natura della dichiarazione dell'intervenuta violazione delle disposizioni convenzionali.

(a) In relazione al primo profilo, è facilmente superabile l'obiezione per cui la Corte Edu è "il giudice del caso concreto": come si è già avuto modo di evidenziare, il mutamento radicale del *modus operandi* della Corte è ampiamente visibile nella stessa struttura della sentenza, che, anche se limitata alla risoluzione del caso concreto, contiene una parte, sempre più articolata e complessa di indicazione di principi generali di diritto, all'interno dei quali sia possibile ricostruire la *ratio decidendi* potenzialmente estensibile ed applicabile *erga omnes*; tendenza culminata con l'adozione, nel *leading case Broniowski c. Polonia* del 2004, del procedimento della sentenza pilota in cui si affina la parte dispositiva della pronuncia, dal mero indennizzo pecuniario, all'identificazione di misure individuali alla sollecitazione per l'adozione di misure a carattere generale⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Sulla questione, cfr. altresì VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., in replica di ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, cit., nonché con contro-replica di VIGANÒ, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, cit. Secondo una parte della dottrina (Romeo), si negava ammissibilità di un'estensione di efficacia *erga omnes* della pronuncia sovranazionale a prevenuti che non avessero previamente adito la Corte di Strasburgo: in tali casi, l'unica via possibile per ottenere un titolo sovranazionale da far valere sul piano interno sarebbe garantito dal ricorso straordinario in Cassazione, ex art. 625-bis c.p.p. per errore di fatto, in forza del quale calcolare nuovamente i termini dei sei mesi (dalla definitività della decisione di diniego), sanciti ai sensi dell'art. 34 Cedu per ricorrere a Strasburgo. Una volta giunti a Strasburgo, la decisione finale sarebbe spettata unicamente alla Corte Edu. Una soluzione alquanto particolare viene invece ipotizzata da Romeo, il quale ritiene risolvibile la questione unicamente per il tramite del ricorso alla concessione della grazia ad opera del Presidente della Repubblica.

⁴⁷⁹ Tale approccio è rinvenibile anche nella pronuncia *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, la quale, pur non presentando i requisiti formali per poter essere ritenuta una sentenza di pilota, dà delle precise indicazioni di carattere individuale circa l'eliminazione delle conseguenze dannose in conseguenza all'accertata violazione dell'art. 7 Cedu: nell'esecuzione del caso *Scoppola*, inoltre, il Governo ha assunto dinnanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa un impegno formale nel risolvere la situazione di *Scoppola* così come tutte le potenziali situazioni di conflitto, manifestando così l'intenzione politica di trattare la pronuncia *Scoppola* (n. 2) *c. Italia* come se fosse una sentenza pilota, con valenza, quindi, *erga omnes*.

(b) Con riguardo, invece, alla natura della violazione accertata, si ritiene che possa essere assimilata al fenomeno della declaratoria di incompatibilità della norma interna rispetto al diritto dell'Unione europea o alla dichiarazione di illegittimità costituzionale. Si sostiene, infatti, che la Corte Edu abbia rilevato nell'applicazione retroattiva dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000 (c.d. **Legge γ**) ai procedimenti penali in corso una frustrazione delle legittime aspettative degli imputati di poter beneficiare dello sconto di pena ad anni trenta di reclusione, accedendo al rito abbreviato, in vigore della legge più favorevole: la mancata applicazione della legge più favorevole in caso di successione di leggi diverse dal momento della commissione alla sentenza definitiva rappresenta, quindi, una violazione strutturale del giusto processo, *ex art. 6 Cedu*, nonché una violazione di natura sostanziale in ragione della riconduzione all'alveo di tutela dell'art. 7 Cedu della norma processuale dell'art. 442, co. 2 c.p.p.⁴⁸⁰.

Più problematica è invece la questione della individuazione della soluzione normativa interna per il superamento di tale "illegittimità" convenzionale in tutti gli altri casi: allo stato dell'arte dell'assetto delle fonti di diritto e dello *status* di norme interposte alla Costituzione nel giudizio di legittimità costituzionale riconosciuto alle norme convenzionali, l'unica soluzione agibile è rappresentata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Trattandosi, dunque, di una "patologia strutturale" si riproduce lo stesso schema della situazione di "illegittimità" che si ha in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale e/o incompatibilità comunitaria: la risoluzione del caso concreto, come si è visto, è stata legittimata dalla stessa Corte di Cassazione, per il tramite dell'art. 625-*bis* c.p.p., secondo un uso "improprio" dello strumento normativo, in quanto di fatto la Suprema Corte ha agito, appropriandosi competenze proprie del giudice dell'esecuzione che – a mente del codice di rito – avrebbe dovuto essere il giudice del gravame.

⁴⁸¹ Gli artt. 6 e 7 Cedu non godono, infatti, di un'applicabilità diretta nel nostro ordinamento, al pari delle disposizioni comunitarie: si condivide parzialmente l'impostazione di una parte della dottrina che tenta di risolvere la questione, prescindendo dal ricorso alla Corte costituzionale. A ben veder, infatti, nel caso concreto la questione poteva essere risolta a prescindere dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata delle leggi interne ad opera del giudice ordinario: partendo dalla qualificazione dell'art. 442, co. 2 c.p.p. come norma sostanziale incidente sulla pena inflitta, il giudice avrebbe potuto agilmente individuare la legge più favorevole, in applicazione ai principi di cui all'art. 2, co. 4 c.p. Tale operazione, tuttavia, se facilmente eseguibile in corso di giudizio, non avrebbe potuto essere sostenuta in esecuzione di pena, laddove il limite del giudicato preclude il ricorso al co. 4 dell'art. 2 c.p. Operazione maggiormente sostenibile in ragione dell'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000 ad opera della già citata pronuncia n. 210/2013 della Corte costituzionale: dato che l'art. 442, co. 2 c.p.p. è norma sostanziale, gli effetti della dichiarazione di illegittimità della legge più sfavorevole producono i medesimi effetti della declaratoria di illegittimità di una norma incriminatrice (attenzione: norma incriminatrice non incidente sul precetto, ma unicamente sulla riduzione di pena), che giustifica l'intervento sulla pena del giudice dell'esecuzione: intervento che la dottrina argomentava in base all'estensione interpretativa dell'art. 671 c.p.p., nella parte in cui si consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare inesigibile il titolo, inficiato dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. Si negava,

3.8. I “figli di un dio minore”: la pronuncia delle Sezioni Unite nel caso Ercolano.

Sulla sorte dei c.d. “figli di un dio minore”, espressione divenuta celebre a seguito di un contributo di Viganò, si sono espresse in modo significativo le Sezioni Unite, nel procedimento Giannone e, nel già citato, caso Ercolano⁴⁸².

Con riguardo al procedimento Giannone, le Sezioni Unite, nell'udienza del 19 aprile 2012, hanno affrontato la questione circa l'estensione della *ratio decidendi* della pronuncia *Scoppola* (n. 2) c. *Italia* ad un caso simile: un detenuto, condannato alla pena dell'ergastolo per fatti commessi durante il 1999 dal Tribunale di Legge in data 2003, aveva presentato istanza di accesso al rito abbreviato durante il procedimento di primo grado, solamente in data 19 agosto 2002, successivamente, quindi, all'entrata in vigore dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000 (c.d. **Legge γ**). Sussisteva, dunque, una differenza radicale rispetto al caso *Scoppola*, così come del caso *Cavallo*, già affrontato in precedenza, avendo Giannone richiesto di accedere al rito abbreviato già in vigenza della legge penale più sfavorevole: non poteva avanzare nessuna pretesa in termini di affidamento verso il regime più favorevole, che nel suo caso, sarebbe stato piuttosto l'accesso alla fase dibattimentale, atteso che il rito abbreviato gli avrebbe comportato, in ogni caso, la pena dell'ergastolo⁴⁸³.

Esclusa la riconducibilità del caso Giannone alla vicenda *Scoppola*, le Sezioni Unite si sono cimentate nella risoluzione di un altro caso: Ercolano veniva condannato, in primo grado nel 1998 alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per plurimi omicidi, non essendogli consentito l'accesso al rito alternativo per i delitti puniti con

invece, la riconducibilità della questione all'art. 673 c.p.p., nella misura in cui – si sosteneva – il giudice dell'esecuzione non fosse chiamato a revocare la condanna, ma “semplicemente” a sostituire la pena dell'ergastolo con la pena più favorevole della reclusione ad anni trenta.

⁴⁸² Cfr. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., p. 17 ss.; ID., *Giudicato penale e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012.

⁴⁸³ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012 (dep. 7 settembre 2012), Giannone. Secondo la Corte, infatti, l'applicabilità dell'art. 442, co. 2 nella versione della Legge β sarebbe condizionata dalla sussistenza a) della commissione di uno o più fatti di reato punibili con la pena dell'ergastolo e b) dell'evento processuale rappresentato dalla richiesta di rito abbreviato nel lasso temporale di vigenza della **Legge β**, ovverosia dal 2 gennaio al 24 novembre 2000: tale fattispecie “normativa” complessa non si era verificata nel caso di specie, e, pertanto, non poteva riscontrarsi identità di situazione assimilabile, quanto agli effetti sul piano della tutela giuridica, al caso *Scoppola*. con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012, nonché ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, ivi, 16 aprile 2012; CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del “caso Scoppola” e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2/2013, p. 27 ss.

l'ergastolo in ragion della declaratoria di illegittimità costituzionale che aveva inficiato l'art. 442, co. 2 c.p.p., con la sent. n. 176 del 1991. Nel corso del giudizio di appello, essendo entrata in vigore la versione più favorevole dell'art. 442, co. 2 c.p.p. per effetto della **Legge β**, l'imputato, in forza dell'art. 4-ter della legge n. 144/2000 (legge di conversione del d.l. n. 82/2000), che rimetteva in termini ai fini dell'accesso al rito alternativo, chiedeva di essere ammesso al giudizio abbreviato, per poter beneficiare della pena più favorevole di anni trenta di reclusione, in luogo dell'ergastolo con isolamento diurno, sennonché, a poca distanza dall'udienza del 21 giugno 2000, entrava in vigore la **Legge γ**, ripristinando, per il tramite dell'interpretazione autentica, la pena dell'ergastolo, in forza della quale il giudice di appello condannava l'imputato.

Il caso Ercolano si presentava, quindi, radicalmente diverso rispetto alla situazione di *Giannone*⁴⁸⁴.

Rimessa la questione alle Sezioni Unite, con ord. del 19 aprile 2012 (dep. 7 settembre 2012), la Consulta pone come ostacolo gli art. 7 e 8 del. d.l. cit., norme definite dal legislatore di "interpretazione autentica" con efficacia retroattiva tanto da trovare applicazione anche ai procedimenti penali in corso nel lasso temporale di vigenza della **Legge γ**, dal 2 gennaio al 23 novembre 2000 e ciò anche se, come le Sezioni Unite stesse riconoscono, alle norme citate, debba invece attribuirsi natura "innovativa", in ragione della previsione direttamente incidente sul trattamento sanzionatorio⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969 ss., con nota di GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, e di MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*. Nel caso di specie, sussistevano, infatti, i requisiti processuali integranti la fattispecie "complessa": - commissione di fatti punibili astrattamente con la pena dell'ergastolo (in data anteriore alla Legge β; - richiesta di rito abbreviato in sede processuale in forza della **Legge γ** ed in ragione dell'espressa facoltà riconosciutagli dall'art. 4-ter della legge n. 144/2000 in ordine alla rimessione in termini per l'accesso al rito alternativo. Il Tribunale di Spoleto, in qualità di giudice dell'esecuzione, interpellato circa l'ammissibilità della sostituzione della pena dell'ergastolo in luogo di quella più favorevole di anni trenta di reclusione, rigettava l'istanza del prevenuto; provvedimento avverso il quale ricorreva in Cassazione.

⁴⁸⁵ Partendo dalle seguenti premesse: - le pronunce della Corte Edu producono effetti *erga omnes* nella misura in cui abbiano i connotati, almeno sostanziali, della sentenza pilota, accertando violazioni di tipo strutturali e sistemiche del sistema interno; - la *ratio decidendi* contenuta in tale tipologia di sentenza è estensibile, in forza di un'interpretazione evolutiva dell'art. 46 Cedu, verificatasi a partire dal caso *Broniowski c. Polonia* del 2004, ai casi simili, anche a coloro che non abbiano presentato ricorso nei termini di cui all'art. 35 Cedu, atteso che l'obbligo di conformarsi al dictum europeo incombe direttamente sullo Stato, il quale è tenuto *ex art. 46 Cedu* ad eseguire la pronuncia sovranazionale, rimuovendo tutti gli effetti pregiudizievoli seguiti per effetto della violazione convenzionale, così come accertata in sentenza; - la sentenza *Scoppola* (n. 2) *c. Italia* della Corte Edu «presenta i connotati

Superato l'*empasse* costituzionale, ad opera della Corte costituzionale nella sentenza n. 210/2013, con cui si è aderito pienamente all'*iter* argomentativo predisposto nell'ordinanza di rimessione del 19 aprile 2012, le Sezioni Unite proseguono nell'ampliare le proprie argomentazioni a favore della soluzione già espressa in precedenza, secondo quattro linee direttrici⁴⁸⁶.

(a) *La portata sistemica delle pronunce sovranazionali: la natura sostanziale di sentenza pilota della Scoppola (n. 2) c. Italia.*

Con la coppia di sentenze *Scoppola (n. 2) c. Italia e Morabito c. Italia* si è tratteggiato il principio di retroattività della *lex mitior* di matrice convenzionale: un principio più ampio del corrispettivo interno art. 2, co. 4 c.p.p., che legittima la propria

sostanziali di una "sentenza pilota" in quanto, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla Cedu dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000» (cfr. § 3), nella misura in cui tale ultima disposizione citata, imponendo l'applicazione retroattiva della pena dell'ergastolo semplice, in luogo dell'ergastolo con isolamento diurno, avrebbe frustrato le aspettative difensive di tutti coloro che avrebbero potuto accedere al rito abbreviato e, quindi, alla pena più favorevole di anni trenta di reclusione, in forza della **Legge γ**, l. n. 479/1999, nel lasso temporale della sua vigenza tra il 2 gennaio ed il 23 novembre 2000; - anche il caso di specie, rientra nei requisiti normativi di cui sopra e, pertanto, può dirsi che abbia subito una violazione delle proprie garanzie difensive ex art. 6 e 7 Cedu nella stessa misura del caso *Scoppola*; - gli effetti pregiudizievoli della violazione convenzionale sono attualmente perduranti in esecuzione di pena e allo stato dell'arte non è possibile operate una rimozione di tali effetti per la preclusione del giudicato penale di condanna; - la previsione interna del giudicato non può precludere, tuttavia, la rimozione di effetti pregiudizievoli sul condannato in violazione dell'art. 3 Cost. in ordine al principio di ragionevolezza ed in aperto contrasto con l'art. 46 Cedu, il quale impone allo Stato membro una piena attuazione del *dictum* sovranazionale; la portata del giudicato deve infatti ritenersi recessiva rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona, i quali non possono essere "illegalmente" compromessi in ragione della sussistenza del pari valore della certezza giuridica; - la soluzione interna sarebbe quindi rappresentata dalla rideterminazione della pena, come è accaduto nel caso *Scoppola*, con conseguente sostituzione della pena dell'ergastolo con quella temporanea di anni trenta di reclusione; - tale soluzione risulta praticabile anche in ragione del dibattito circa l'ammissibilità di un intervento *in executivis* in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante comune c.d. di "clandestinità" ex art. 61 n. 11-*bis* c.p., risolto (temporaneamente) dalla prima sezione della Corte di Cassazione, con la pronuncia 27 ottobre 2013, nel procedimento *Hauohou* tramite l'eliminazione della frazione di pena in eccesso, dichiarata incostituzionale, con conseguente rideterminazione della pena complessiva; - assimilando, quindi, il fenomeno alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la situazione di "illegalità" convenzionale potrebbe essere superata per il tramite della norma sostanziale dell'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953, con la rimozione della parte di pena inficiata dall'accertata violazione convenzionale.

⁴⁸⁶ In ragione della peculiare natura di norma interposta alla Costituzione, la valenza delle disposizioni convenzionali non possono assurgere a criterio diretto di interpretazione ad opera del giudice ordinario, al quale è preclusa la disapplicazione della norma interna incompatibile rispetto a quanto accertato in sede convenzionale: l'unica via percorribile, al fine di una piena attuazione della sentenza *Scoppola (n. 2) c. Italia*, è costituita dal tramite della Corte costituzionale, con la declaratoria di illegittimità degli artt. 7 e 8 della legge cit. sia in relazione al principio interno di ragionevolezza (in termini di legittimo affidamento nei confronti della facoltà di accedere al rito alternativo in vigenza della legge più favorevole) ex art. 3 sia, profilo più pregnante ed innovativo, in relazione all'attuazione dei principi sovranazionali ex art. 7 quale parametro interposto all'art. 117, co. 1 Cost.

efficacia anche a fronte di un giudicato penale di condanna ed estende il proprio raggio di tutela anche in esecuzione, rispetto a rapporti definiti. La peculiarità del principio affermato in sede convenzionale consiste nell'aver ascrivito al raggio di copertura dell'art. 7 Cedu anche ipotesi di successione temporale di leggi in sede processuale, nella misura in cui vada applicata la legge più favorevole tra tutte quelle succedutesi, laddove l'imputato abbia potuto fare concreto affidamento nella sua applicabilità. Con tale coppia di sentenze si è enunciato, quindi, un principio generale di giudizio applicabile erga omnes, attesa la rilevanza "sostanziale" di sentenza pilota della pronuncia *Scoppola* (n. 2) c. *Italia*⁴⁸⁷.

(b) *La natura sostanziale e non solamente processuale dell'art. 442, co. 2 c.p.p.*

La violazione strutturale ruota attorno alla qualificazione dell'art. 442, co. 2 c.p.p. quale norma sostanziale, atteso che esso "pur disciplinando aspetti processuali connessi", regola "la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato"⁴⁸⁸. In conseguenza di ciò, con riferimento alla vicenda normativa in esame, secondo la Corte, è fondamentale che, nel periodo di tempo di vigenza dell'art. 4-ter della legge n. 144/2000, (legge di conversione del d.l. n. 82/2000), e, quindi, fino alla data di entrata in vigore del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, l'interessato avesse richiesto l'accesso al rito abbreviato⁴⁸⁹. Allo stesso modo, per il giudice di legittimità, assume significato decisivo il mancato esercizio della facoltà prevista dall'art. 8 del medesimo d.l. n. 341 del 2000, che consentiva all'imputato per reati punibili con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno di revocare la richiesta di definizione del processo nelle forme semplificate: l'esercizio della facoltà di revoca, infatti, ha irrimediabilmente determinato il venir meno del "presupposto processuale

⁴⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁸⁸ Tale interpretazione si colloca in linea con un precedente delle Sezioni Unite, 6 marzo 1992, n. 2977, nel procedimento Piccillo, con cui si afferma l'intangibilità del trattamento sanzionatorio più favorevole inflitto in applicazione dell'allora art. 442, co. 2 c.p.p. dichiarato incostituzionale per effetto della sentenza n. 176/1991. Le Sezioni Unite avevano, peraltro, già evidenziato come l'individuazione della disposizione più favorevole dovesse "avvenire coordinando il dato normativo relativo alla prevista sostituzione di pena con le modalità e i tempi di accesso al rito, da cui direttamente deriva, in base alla legge vigente al momento, il trattamento sanzionatorio da applicare". In altri termini, dato lo stretto collegamento tra profili sostanziali e profili processuali, e così come osservato nella sentenza Giannone "l'individuazione della pena sostitutiva da applicare, in sede di giudizio abbreviato, per i reati puniti in astratto con l'ergastolo, con o senza l'isolamento diurno, è condizionata al verificarsi, per così dire, di una fattispecie complessa, integrata dalla commissione di tale tipo di reato in una determinata epoca e dalla richiesta di accesso al rito speciale da parte dell'interessato", sicché "è tale richiesta, in definitiva, a cristallizzare, nell'ipotesi considerata, il più favorevole trattamento sanzionatorio vigente al momento di essa". Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁸⁹ Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

della celebrazione del rito abbreviato”, e, quindi, la rilevanza del “tema della successione di leggi penali che regolano, nel caso di ammissione a tale rito, il trattamento sanzionatorio dei reati punibili in astratto con la pena perpetua”⁴⁹⁰.

(c) La vulnerabilità del giudicato penale di condanna e la legittimità della pena detentiva inflitta.

Riconosciuta la natura sostanziale della disposizione di cui all'art. 442, co. 2 c.p., nei limiti sopra indicati, e preso atto della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1 della legge n. 341/2000, laddove esso produceva effetti retroattivi *in malam partem* per i processi in corso alla data della sua entrata in vigore, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 7 Cedu, le Sezioni Unite affrontano la questione della “vulnerabilità del giudicato”, con riguardo “alla legittimità dell'esecuzione della pena inflitta”⁴⁹¹.

In conseguenza di tali considerazioni, secondo il giudice di legittimità, l'inflizione della pena dell'ergastolo in danno di “un determinato soggetto, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di Scoppola”, collegandosi ad “una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte Edu”, dà luogo ad una situazione di violazione del “diritto fondamentale della libertà”, che, “anche a costo di porre in crisi il ‘dogma’ del giudicato, deve essere scongiurata, perché legittimerebbe l'esecuzione di una pena ritenuta, oggettivamente e quindi ben al di là della *species facti*, illegittima dall'interprete autentico della Cedu e determinerebbe una patente

⁴⁹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁹¹ La Corte, infatti, evidenzia che, per chi non ha proposto tempestivamente ricorso alla Corte Edu «il “decisum” nazionale non è più suscettibile del rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale europeo» tanto che la stessa “portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, è presidiata costituzionalmente e non è, del resto, neppure estranea alla Cedu, tanto che la stessa Corte di Strasburgo ha ravvisato nel giudicato un limite all'espansione della legge penale più favorevole [...]”. Rilavata, quindi, l'importanza del giudicato quale istituto di chiusura del sistema giuridico, la Corte precisa, tuttavia, “la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, co. 2, 25, co. 2 Cost.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, co. 3, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, co. 1, Cost.”, e che, quindi, “s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo”. Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

violazione del principio di parità di trattamento di condannati che versano in identica posizione”⁴⁹².

(d) I rimedi in esecuzione: art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 e art. 670 c.p.p.: il limite al “rapporto esaurito”.

Una volta superato “lo scoglio del giudicato”, le Sezioni Unite individuano lo strumento processuale idoneo a consentire l’intervento correttivo nell’incidente di esecuzione. La Corte infatti, dopo aver evidenziato l’impraticabilità del procedimento di revisione *ex art. 630 c.p.p.*, come integrato dalla sentenza additiva di principio n. 113/2011 della Corte costituzionale, del ricorso straordinario in Cassazione, *ex art. 625-bis c.p.p.* o della restituzione in termini per la proposizione dell’impugnazione *ex art. 175, co. 2 c.p.p.*, osserva che la questione sottoposta alla sua attenzione non implica la necessità di “un nuovo accertamento di merito che imponga la riapertura del processo”, bensì richiede di “semplicemente incidere sul titolo esecutivo, per sostituire la pena inflitta con quella conforme alla Cedu, corretta costituzionalmente e già determinata, nella specie e nella misura dalla legge”⁴⁹³. Soluzione agevole – secondo la Corte – verrebbe individuata per il tramite del ricorso all’art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella misura in cui al quarto comma si prevede che: “Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali”, laddove il riferimento alla norma incostituzionale sarebbe di tipo generico, comprendendovi, quindi, anche la sanzione e non solo più il precetto. La disposizione testè citata, inoltre, laddove fa riferimento alla

⁴⁹² Le Sezioni Unite, a tal proposito, rappresentano che, se “il titolo per l’esecuzione della pena è integrato dalla sentenza irrevocabile di condanna, che si atteggia [...] quale norma del caso concreto”, tuttavia, “non può ignorarsi la su cui riposano la sentenza di condanna e, assieme ad essa, la specie e l’entità della pena da eseguire”, ossia “la norma generale e astratta, sulla quale il giudice della cognizione ha fatto leva per giustificare la pronuncia di condanna”. Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁹³ In tale quadro, quindi, si rileva che, ai fini della “non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l’entità della pena irrogata, perché colpita da sopravvenuta declaratoria d’illegittimità costituzionale per contrasto con l’art. 117, co. 1, Cost., integrato – quale parametro interposto – dall’art. 7, § 1, Cedu”, non può costituire un utile strumento la previsione contenuta nell’art. 673 c.p.p., atteso che essa inerisce specificamente ai “fenomeni della depenalizzazione e della incostituzionalità di una determinata fattispecie penale, oggetto della pronuncia irrevocabile”; la stessa “non lascia spazio, però, per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell’esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all’aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia”. La sentenza, inoltre, sottolinea l’ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice dell’esecuzione dall’ordinamento processuale, in particolare dagli artt. 665, 666 e 670 c.p.p. e la loro attitudine ad incidere anche sul contenuto del titolo esecutivo; in particolare, una conferma della latitudine della sfera di intervento della giurisdizione esecutiva può essere colta nell’attribuzione di specifici poteri istruttori a norma dell’art. 666, co. 5 c.p.p. Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

cessazione di “tutti gli effetti penali”, non limita l’area di operatività della disposizione alla dichiarazione di incostituzionalità delle sole norme incriminatrici⁴⁹⁴.

(e) Le conclusioni: i principi applicabili ai casi simili.

La conclusione, allora, è la seguente: “In tanto il meccanismo di aggressione del giudicato, nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione, è attivabile con incidente di esecuzione, in quanto ricorrano le seguenti condizioni: a) *la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU*; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato *un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati*, in quanto non coerente col principio di retroattività *in mitius*; c) la possibilità di *interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato* ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria d’incostituzionalità della medesima normativa (com’è accaduto nella specie); d) l’accoglimento della questione sollevata deve essere l’effetto di *una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo*”⁴⁹⁵.

3.9. Il caso *Contrada*: potenziali risvolti applicativi.

Sotto il profilo dell’art. 7 Cedu, non si può non dedicare qualche nota conclusiva – seppur breve, per economia del lavoro – al caso *Contrada* (n. 3) *c. Italia*, uno dei *case law* più discussi e dibattuti sia all’interno della dottrina sia in campo giurisprudenziale.

Il caso *Contrada* (n. 3) *Italia* presenta degli aspetti rilevanti sia per quanto attiene alla dimensione più squisitamente teorica, connessa al principio di legalità, secondo l’accezione convenzionale, rispetto all’impostazione tradizionale della riserva di legge costituzionale di cui all’art. 25, co. 2 Cost. sia per quanto riguarda i potenziali risvolti applicativi, in sede di esecuzione, laddove la portata della pronuncia venisse recepita con effetti generali, estensibili ai c.d. “fratelli minori” di *Contrada*⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ “È agevole obiettare che il riferimento volutamente generico, contenuto nel richiamato art. 30, quarto comma, è certamente comprensivo di queste ultime norme (il che spiega il riferimento alla cessazione anche di tutti gli effetti penali), ma nulla induce a ritenere che sia circoscritto soltanto alle medesime”. Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

⁴⁹⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n.3), ric. n. 66655/13. Come è noto, la pronuncia in esame, è divenuta definitiva, il 14 settembre 2015, a seguito del rigetto del ricorso presentato dal Governo italiano da parte della Grande Camera. Per una lettura dei primi commenti a margine della pronuncia, cfr., *ex multis*, CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno in*

Ripercorrendo con ordine le questioni sottese al caso in esame, occorre preliminarmente concentrare l'analisi sul caso concreto ed il suo approdo alla Corte di Strasburgo, per riportare, in seconda battuta, le vicende interne susseguenti al *decisum* europeo ed infine, concentrare il discorso in merito alle possibili questioni generali discendenti dal recepimento della sentenza europea sul sistema nel suo complesso.

(a) *La pronuncia Contrada (n. 3) c. Italia.*

Come è noto, la sentenza ha origine dal ricorso di Bruno Contrada, condannato in via definitiva nel 2006 dalla Corte d'Appello di Palermo per *concorso esterno in associazione mafiosa* (ex artt. 110 e 416-bis c.p.) per avere, *tra il 1979 e il 1988*, giovandosi della posizione chiave ricoperta nelle forze dell'ordine, «*sistematicamente contribuito alle attività e alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa "Cosa Nostra"*» fornendo ad alcuni associati «*informazioni confidenziali concernenti le investigazioni e le operazioni di polizia in corso*» contro alcuni di loro⁴⁹⁷.

associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 17 ss.; ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, ivi, p. 32 ss.; GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, *ibidem*, 3 luglio 2015; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 8, pp. 1019-1028; PALAZZO, *La sentenza "Contrada" e i cortocircuiti della legalità*, *ibidem*, fasc. 9, 1061-1067; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2/2015, p. 52 ss.; RAMPIONI, *Principio di certezza e cd. diritto vivente*, in *Giust. pen.*, 2015, fasc. 10, pt. 2, pp. 513-518; SELVAGGI, *Concorso esterno e principio di legalità ("nullum crimen sine lege"): opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte europea?*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7-8, pp. 2865-2867.

⁴⁹⁷ Il caso origina dal ricorso del cittadino italiano Bruno Contrada, la cui vicenda giudiziaria è alquanto nota e controversa: dirigente generale dell'Amministrazione della Polizia dello Stato, accusato di aver collaborato sistematicamente con "Cosa Nostra", il 15 aprile 1996 veniva condannato dal Tribunale di Palermo per concorso esterno in associazione per delinquere di tipo mafioso pluriaggravata ex artt. 110 e 416-bis c.p., sulla base delle dichiarazioni rese da alcuni collaboratori di giustizia (tra cui Gaspare Mutolo, Tommaso Buscetta, Giuseppe Marchese, Salvatore Cancemi) alla pena principale di dieci anni di reclusione ed alla pena accessoria della perpetua interdizione dai pubblici uffici, con applicazione, a pena espiata, della misura di sicurezza della libertà vigilata per tre anni. Con sentenza del 4 maggio 2001, la Corte di appello di Palermo assolveva Contrada dei reati di cui ai capi di imputazione "perché il fatto non sussiste", non essendo stata raggiunta piena prova circa le "manifestazioni significative" della volontà dello stesso di "prestare sostegno all'associazione", ritenendo qualificabile nel caso di specie invece un'ipotesi (non coltivata in corso di indagini preliminari), peraltro colpita anche da prescrizione, di favoreggiamento personale. Gravata dal ricorso per Cassazione del Procuratore generale della Repubblica di Palermo, la Suprema Corte con sentenza della Sezione seconda penale il 12 febbraio 2002 riteneva pienamente fondato il ricorso del pubblico ministero e, per l'effetto, annullava con rinvio per nuovo giudizio la sentenza di appello del 4 maggio 2001. Il giudizio di rinvio di secondo grado svoltosi innanzi alla Corte di appello di Palermo (lungo un *iter* processuale di ben 31 udienze) riconosceva Contrada colpevole di concorso esterno nell'associazione mafiosa "Cosa Nostra" e, perciò, lo condannava

Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 7 Cedu, in quanto il reato per cui era stato condannato avrebbe costituito il *frutto di una complessa evoluzione giurisprudenziale posteriore all'epoca dei fatti*. In virtù della giurisprudenza consolidata in materia di principio di legalità⁴⁹⁸, il punto nodale diviene dunque verificare se il ricorrente, al tempo dei fatti, in base alle norme allora vigenti, fosse stato in grado di prevedere e di conoscere le conseguenze penali della propria condotta.

Constatato il pacifico riconoscimento delle parti del concorso esterno in associazione mafiosa quale figura criminosa di origine giurisprudenziale, la Corte evidenzia come, nelle pronunce sottoposte alla sua attenzione dalle stesse parti, tale reato fosse comparso per la prima volta nella sentenza *Cillari* (Cfr. Cass. pen., 14 luglio 1987, n. 8092) e fosse poi stato oggetto di interpretazioni divergenti, fino alla pronuncia delle Sezioni Unite *Demistry* (Cfr. Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16) che, mettendo fine ai contrasti, ne riconosceva definitivamente la configurabilità⁴⁹⁹.

La conclusione è, invece, prevedibile: non si ritiene, infatti che, all'epoca dei fatti contestati, il reato fosse stato *sufficientemente chiaro e quindi prevedibile dall'imputato*. Ciò risulterebbe, secondo la Corte, dagli stessi giudici italiani che hanno condannato il ricorrente: e infatti, la sentenza di condanna in primo grado del 1996 dà conto in motivazione della compresenza di almeno tre confliggenti orientamenti

definitivamente alla pena di dieci anni di reclusione, confermando integralmente la sentenza di condanna di primo grado emessa dal Tribunale di Palermo il 5 aprile 1996. Avverso la sentenza di rinvio emessa dalla Corte di appello di Palermo il 25 febbraio 2006, Contrada proponeva ricorso per Cassazione mediante l'allegazione di corposi motivi di ricorso, a cui faceva seguito, peraltro, il deposito di ulteriori profili di censura. Con sentenza del 10 maggio 2007, depositata l'8 gennaio 2008, la Suprema Corte, Sezione sesta penale, rigettava il ricorso dell'imputato, confermando definitivamente le statuizioni della sentenza di rinvio di secondo grado del 25 febbraio 2006. Il 2 gennaio 2008 Contrada incaricava il proprio legale di presentare istanza di revisione del processo di condanna: anche se il 24 settembre 2011 la Corte di appello di Caltanissetta riteneva "non manifestamente infondata" la richiesta di revisione del processo, il 25 giugno 2012 la Cassazione dichiarava inammissibile la richiesta di revisione, con cui terminava definitivamente la vicenda giudiziaria di Contrada. Della vicenda si era già parlato in tempi meno recenti, con riguardo ad un altro profilo (altrettanto vittorioso per il ricorrente) circa l'illegittimità dello stato di detenzione (ed il suo protrarsi nel tempo) con condizioni di salute particolarmente gravi, cfr. MANCA V., *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014, p. 4.

⁴⁹⁸ Cfr. GRASSO-GIUFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit.

⁴⁹⁹ Non considerando, invece, rilevante il fatto che al concorso esterno si fosse già fatto riferimento fin dagli anni sessanta in talune pronunce in materia di associazione finalizzata alla cospirazione politica (Cfr. Cass. pen., 27 novembre 1968, *Muther*) e di terrorismo (cfr. Cass. pen., 1 giugno 1977, *Cucco*; Cass. pen., 18 marzo 1978, *Zuffada*; Cass. pen., 25 ottobre 1983, *Arancio*), in ragione della differenza sostanziale intercorrente tra questi casi e il concorso in associazione mafiosa, comprovata dal fatto che quest'ultimo sarebbe stato oggetto di una distinta ed ulteriore evoluzione giurisprudenziale.

giurisprudenziali; mentre la sentenza della Corte d'Appello del 2006 fa leva su approdi giurisprudenziali di molto successivi all'epoca dei fatti contestati (cfr. Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, *Demitry*; Cass. pen., 27 settembre 1995, n. 30, *Mannino*; Cass. 30 ottobre 2002, n. 22327, *Carnevale*; Cass. 17 luglio 2005, n. 33748, *Mannino*)⁵⁰⁰.

(a¹) *Ricadute della pronuncia sul dibattito interno: principio di legalità o colpevolezza (inescusabilità dell'errore di diritto)?*

All'indomani della pronuncia, si è scatenata in dottrina un'accesa *querelle* circa la riconducibilità della pronuncia sul piano della (sola) legalità ovvero sul piano (soggettivo) della colpevolezza: in altri termini, la dottrina si interrogava nel circoscrivere l'ambito di operatività del concetto di prevedibilità⁵⁰¹.

Con riguardo al caso concreto (ed è questa la strada seguita dalla Corte di Appello di Caltanissetta, nel giudizio di revisione), si dubita fortemente che il ricorrente non avesse potuto prevedere l'incriminazione della sua condotta, nella misura in cui se è vero che, fino alla sentenza *Demitry* del 1994, non vi era stato il crisma delle Sezioni Unite sulla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, ma non erano mancate sentenze in senso affermativo⁵⁰².

Elevando, invece, il discorso su un piano generale ed astratto, l'unica via che di fatto risulta percorribile, secondo una parte della dottrina (a cui, peraltro, si aderisce) è la riconducibilità della dimensione della prevedibilità all'interno della colpevolezza e, segnatamente, alla scusabilità/evitabilità dell'errore sul precetto, ai sensi dell'art. 5 c.p.⁵⁰³: se numerose potrebbero essere le obiezioni di tale ragionamento, altrettanto convincenti risultano le argomentazioni favorevoli, nella misura in cui la prevedibilità (soggettiva) negli schemi convenzionali si colloca proprio sui piani della legalità; anzi, “si potrebbe in realtà dire che nella prospettiva europea il fondamento ultimo della legalità affonda nella colpevolezza”⁵⁰⁴.

Le altre vie, in termini di riconduzione della prevedibilità al principio di legalità o in relazione al principio di determinatezza della fattispecie oppure al diverso, quanto

⁵⁰⁰ Cfr. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2016; PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, ivi, 13 luglio 2015; ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, ivi, 2 ottobre 2015.

⁵⁰¹ Cfr. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 9, p. 1063 ss.

⁵⁰² Cfr. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1063.

⁵⁰³ Cfr. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1064.

⁵⁰⁴ Cfr. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1065.

correlato, principio di irretroattività, rimandano necessariamente ad un conflitto irriducibile, sollecitando l'intervento della Corte costituzionale e/o del legislatore laddove, in sostanza, si richiede di riconoscere l'equiparazione del formante giurisprudenziale rispetto al dato legislativo; operazione ad oggi non praticabile, per il solo intervento del giudice comune, per il disposto di cui all'art. 25, co. 2 Cost.⁵⁰⁵

(b) *La decisione di diniego della Corte di Appello di Caltanissetta.*

L'istanza di revisione viene avanzata da Contrada, prima della sentenza della Corte Edu, incentrata, quindi, non tanto sul titolo europeo e, quindi, in base al prototipo di "revisione europea" delineata dalla Corte costituzionale, con sent. n. 113/2011, quanto sull'emersione di prove nuove o sopravvenute a favore dell'innocenza del condannato (e, perciò, sulla base delle ragioni processuali interne, tradizionalmente riconducibili ai motivi di cui agli artt. 629 e 630 c.p.p. ss.)⁵⁰⁶.

La Corte d'appello di Caltanissetta, ritenuta infondata l'istanza, si pone tuttavia *ex officio* la questione se il ricorso proposto dal condannato potesse altresì tramutarsi in un'istanza di revisione "europea": i giudici richiamano, anzitutto, un passo della sentenza dei giudici europei (§ 73), nei quali essi rilevano che i giudici italiani che si sono occupati del caso non si sono mai misurati con l'obiezione, sollevata dalla difesa di Contrada in tutti i gradi di giudizio, relativa al difetto di prevedibilità della condanna a titolo di concorso esterno al momento delle condotte; e ritengono, allora, di fare essi stessi i conti con questa obiezione, valutando se Bruno Contrada fosse stato o meno in condizione, all'epoca dei fatti, di prevedere la propria futura condanna a quel titolo⁵⁰⁷.

Ad avviso della Corte nissena, la risposta non può che essere affermativa: "Ad un soggetto quale Contrada, funzionario di polizia attivo nell'ufficio investigativo impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni

⁵⁰⁵ Ciò paradossalmente, di fatto, assegna un pesante margine di discrezionalità al giudice "della revisione", il quale si vede "abilitato" così a sindacare nel contenuto il titolo europeo, giungendo anche a risultati diametralmente opposti (ovverosia, negando l'assoluzione al condannato), in ragione delle circostanze concrete legate al singolo caso; operazione che, di per sé, potrebbe risultare quanto meno opinabile rispetto alla portata di cui all'art. 46 Cedu ed all'obbligo (non sindacabile) di eseguire le pronunce della Corte Edu.

⁵⁰⁶ Soltanto in sede di motivi aggiunti, nelle more del procedimento, la difesa aveva allegato la necessità che l'ordinamento italiano si conformasse alla sentenza di Strasburgo.

⁵⁰⁷ Per un approfondimento, cfr. VIGANÒ (editoriale), *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016.

mafiose, anche se rimanendo estranei alla configurabilità del sodalizio”⁵⁰⁸. In conclusione: “Secondo la Corte, Contrada era perfettamente in grado di rendersi conto della possibilità che le proprie condotte di agevolazione ai sodalizi mafiosi venissero configurate come concorso esterno, e dunque non può dolersi ora dell’essere stato condannato a tale titolo”⁵⁰⁹.

(c) *Questioni affini: la sentenza del GIP presso il Tribunale di Catania.*

Con sentenza del 12 febbraio 2016, il GIP presso il Tribunale di Catania, (ud. 21 dicembre 2015, n. 1077/2015 dott.ssa Gaetana Bernabò Distefano), dopo aver riepilogato lo stato della giurisprudenza in tema di concorso esterno, si sofferma su due rilevanti pronunce del 2015 (la pronuncia della Corte Costituzionale n. 48/2015⁵¹⁰ e la sentenza Contrada), ponendosi il quesito se, alla luce dell’evoluzione

⁵⁰⁸ Da un lato, infatti, la Corte osserva che Contrada riceveva direttive da parte della stessa autorità giudiziaria che già in quel periodo elaborava contestazioni di reato *ex art. 110 e 416-bis c.p.*, in particolare nell’ambito del primo maxi-processo di Palermo, istruito anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte. Dall’altro, la Corte ribadisce come la Cassazione avesse già nel 1987 riconosciuto, con la sentenza n. 3492, la configurabilità giuridica del concorso esterno, poi ribadita con la sentenza n. 9242 del 1988; e come la stessa Corte d’appello di Palermo, nella sentenza Abbate che chiuse nel dicembre 1988 il primo grado di quello storico maxi-processo, avesse descritto la figura del concorso esterno nell’associazione mafiosa.

⁵⁰⁹ Cfr. VIGANÒ (editoriale), *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit., p. 8, secondo cui la questione avrebbe dovuto risolversi in esecuzione, con la revoca della condanna *ex art. 673 c.p.p.*: sul punto, si ritiene di dissentire sia per le motivazioni che riporta l’autore stesso in termini critici, ovvero l’impossibilità di addivenire ad una tale soluzione, per il fatto che l’esecuzione della pena di Contrada era, al momento della decisione europea, già completamente esaurita (con ciò, richiamandosi al concetto di “rapporto esaurito” indicato quale limite dalle Sezioni Unite nel proc. Gatto). Un’altra parte della dottrina evidenzia come, anche in caso di esecuzione esaurita, residuino degli effetti negativi e pregiudizievoli della condanna, su cui il ricorrente avrebbe tutto l’interesse ad intervenire, per una loro totale rimozione. Cfr. GIUFFRIDA-GRASSO, *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit. pp. 21-22. Anche sul punto, si intende precisare la questione: nel caso Contrada non si contorce sul trattamento sanzionatorio, ma sull’*an* della responsabilità penale, nella misura in cui venendo meno la prevedibilità soggettiva in capo a Contrada di prevedere e conoscere la disposizione incriminatrice (perché di origine giurisprudenziale e in forza di un contrasto tra pronunce di legittimità), sarebbe venuto meno anche la stessa colpevolezza dell’imputato, indi per cui il rimedio più opportuno non poteva (e non doveva) essere rappresentato da un incidente di esecuzione, bensì dall’esperimento del rimedio straordinario della revisione, di natura, però, europea, al fine di ottenere una piena assoluzione nel merito. Si ritiene per questa ragione che la questione posta dalla dottrina circa la sorte dei “fratelli minori” di Contrada sia quindi infondata e mal posta, nella misura in cui il *dictum* della Corte non può ritenersi estensibile per il tramite dell’esecuzione, ma, piuttosto, nella misura in cui, il ricorrente ritenga di trovarsi nella medesima situazione (giuridica-temporale) di Contrada dovrà adire autonomamente la Corte europea al fine di richiedere l’accertamento della violazione. Allo stato dell’arte, infatti, non è possibile considerare la sentenza Contrada una pronuncia/procedimento pilota, né è pensabile ad una sua applicazione diretta a casi simili, senza l’intervento preliminare di Strasburgo. Vie informali, peraltro, annunciano un ricorso del ricorrente dell’Utri, le cui sorte potrebbero decretare l’insorgere di una nuova “saga” Contrada ovvero un’autonoma e nuova questione.

⁵¹⁰ Cfr. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 8, p. 1019 ss., il quale ravvede nelle due pronunce un indiscutibile *file rouge* metodologico. Cfr. altresì Corte cost. 25 febbraio 2015, n. 48.

giurisprudenziale, “possa dirsi esistente nell’ordinamento giuridico italiano il cosiddetto concorso esterno in associazione mafiosa”⁵¹¹.

Dopo la sentenza Contrada è dunque possibile ancora oggi parlare di concorso esterno?

La risposta che viene postulata dal giudice è *negativa*: «La prima volta che tale reato viene citato è nell’ordinanza-sentenza del primo *maxi* processo contro cosa nostra, istruito da Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, fattispecie ottenuta sommando gli artt. 110 e 416-*bis* c.p., onde perseguire i cosiddetti “colletti bianchi”, soggetti che apportano dei concreti contributi alla attività mafiosa, tra cui Vito Ciancimino. Il riferimento storico non è di poco momento se si considera che l’articolo 416-*bis* c.p. viene introdotto nel 1982 e il grandissimo intuito di Falcone aveva portato a coprire una zona meritevole di tutela giurisdizionale»⁵¹².

Nel 2015, però, “ci si trova di fronte ad una situazione diversa che ha avuto una notevole evoluzione nel tempo”⁵¹³, non potendosi non osservare che “sono passati oltre trent’anni senza che il legislatore abbia inteso disciplinare questa delicatissima materia nonostante siano stati proposti diversi progetti di legge”⁵¹⁴. E allora – continua la sentenza – “se i giudici sono soggetti soltanto alla legge occorre una norma di legge affinché il giudice adotti un provvedimento giurisdizionale motivato”⁵¹⁵.

Anzi, «la creazione del cosiddetto concorso esterno, appare (purtroppo) una figura che si potrebbe definire quasi “idealizzata” nell’ambito di un illecito penale così grave per la collettività. Invero, la figura del concorso esterno è stata definita quale “mezza-mafia” con ciò volendosi intendere che un professionista, o addirittura un appartenente alle istituzioni, non possa ontologicamente essere considerato un mafioso, ma un mezzo mafioso sì. Un qualcosa di mafia c’è in lui ma non così tanto da volerlo

⁵¹¹ Cfr. GIP Tribunale Catania, 12 febbraio 2016, con nota di MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.

⁵¹² Cfr. GIP Tribunale Catania, 12 febbraio 2016, cit.

⁵¹³ Cfr. GIP Tribunale Catania, 12 febbraio 2016, cit.

⁵¹⁴ Cfr. GIP Tribunale Catania, 12 febbraio 2016, cit.

⁵¹⁵ «L’intuizione di Giovanni Falcone e la conseguente creazione di una fattispecie di reato che potesse coprire la zona grigia della collusione con la mafia, oggi non può che essere demandata al legislatore il quale deve farsi carico di stabilire i confini di tali figure di reato secondo precisi criteri di ermeneutica giuridica. Una volta individuata legislativamente tale fattispecie, sarà allora compito dell’interprete capire se il comportamento del singolo individuo vada ricompreso nella figura dell’associato di cui all’art. 416-*bis* c.p. o meno: il problema non è di poco momento. Soprattutto perché lascia all’interprete il compito di definire qualcosa che, allo stato, non è definibile». Cfr. GIP Tribunale Catania, 12 febbraio 2016, cit.

considerare inserito nella compagine criminosa mafiosa, tanto che nei suoi confronti non scatta la presunzione assoluta ai fini della custodia in carcere, per come indicato dalla sentenza Corte Cost., n. 47-2015»⁵¹⁶.

(c¹) *Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla configurabilità del concorso esterno in relazione all'art. 416-bis c.p.p.*: per completezza del quadro sin qui tratteggiato, si appunta che è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto in tema di concorso esterno e associazione per delinquere (art. 416 c.p.): “*se sia configurabile il cd. concorso esterno nel delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.*”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Per avvalorare tale ragionamento, il giudice cita la recente pronuncia della Corte di Cassazione nel processo “Mafia Capitale” (Cfr. Cass. pen., 21 aprile 2015, n. 34147), la quale ha evidenziato la “nebulosa applicazione” dei canoni individuati dalla giurisprudenza, giungendo ad affermare che “detti canoni, astrattamente ineccepibili, possono in concreto, risultare di nebulosa applicazione”; e che associazione mafiosa e concorso esterno costituiscono fenomeni completamente alternativi tra loro, concretandosi, nel secondo caso, le condotte in un ausilio occasionale all'associazione.

⁵¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, ud. 13 maggio 2016, ord. 10/2016. Tra le decisioni più recenti in senso favorevole alla configurabilità del concorso esterno nella associazione per delinquere non di stampo mafioso, si veda Cass. pen., sez. II, 29 novembre 2012, n. 47602 (rv. 254105), secondo cui «in tema di associazione per delinquere, perché assuma rilevanza la condotta individuale, occorre l'esistenza del “*pactum sceleris*”, con riferimento alla consorterità criminale, e dell' “*affectio societatis*”, in relazione alla consapevolezza del soggetto di inserirsi in un'associazione vietata. È punibile, pertanto, a titolo di partecipazione, colui che presta la sua adesione e il suo contributo all'attività associativa, anche per una fase temporalmente limitata. Risponde, invece, a titolo di concorso nel reato associativo il soggetto che, estraneo alla struttura organica del sodalizio, si sia limitato anche ad occasionali prestazioni di singoli comportamenti aventi idoneità causale per conseguimento dello scopo sociale o per il mantenimento della struttura associativa, avendo la consapevolezza dell'esistenza dell'associazione e la coscienza del contributo che ad essa arreca». Si ricorda, inoltre, che con Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2016 (dep. 2 maggio 2016), n. 18132, la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-bis c.p., sollevata sotto il profilo di una presunta violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena. In data 15 ottobre 2015, il Tribunale del riesame di Catanzaro rigettava la richiesta d'appello del pubblico ministero contro l'ordinanza con cui il GIP di Catanzaro aveva escluso l'applicabilità della custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato, indagato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa. A parere concorde del GIP e del Tribunale del Riesame, la richiesta di custodia cautelare in carcere avanzata dal pubblico ministero non poteva trovare accoglimento per un duplice motivo: da un lato, perché mancava la prova dell'elemento soggettivo del concorso esterno in associazione mafiosa; dall'altro, perché, nonostante la presenza dei gravi indizi di colpevolezza, il reato di cui all'art. 86 d.p.r. 570/1960, ancorché aggravato ai sensi dell'art. 7 l. 203/1991, non rispettava i requisiti minimi di pena edittale previsti per l'applicazione della misura cautelare in questione. Contro tale decisione, il pubblico ministero proponeva ricorso per cassazione, deducendo l'illogicità e la contraddittorietà della pronuncia del giudice del riesame. Secondo il ricorrente, la conclusione del Tribunale di escludere la configurabilità del concorso esterno per difetto dell'elemento soggettivo sarebbe stata contraddittoria perché insanabilmente contrastante con la decisione di ravvisare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di cui all'art. 86 d.p.r. 570/1962, aggravato ai sensi dell'art. 7 l. 203/1991. Più specificamente, il pubblico ministero sottolineava l'inconciliabilità tra il difetto della consapevolezza di agevolare la cosca mafiosa richiesto ai fini della configurabilità del concorso esterno e la presenza del dolo specifico di agevolazione dell'associazione richiesto ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7 l. 203/1991. La Suprema Corte ha ritenuto fondato il ricorso proposto dal pubblico ministero e ha annullato con rinvio l'ordinanza impugnata al Tribunale di Catanzaro per un nuovo esame della questione. Quanto al profilo che qui maggiormente interessa, va rilevato che, nel corso della discussione, la difesa aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale del combinato

3.10. Soluzioni comparate: dal *case law Del Rio Prada*, alla *Sicherungsverwahrung* tedesca.

Ulteriore tassello al riconoscimento all'efficacia del principio dell'irretroattività della *lex mitior ex art. 7 Cedu* sulla pena e sul trattamento penitenziario, viene posto con due sentenze, l'una *Del Rio Prada c. Spagna* in relazione alla pena, l'altra *M. c. Germany* in relazione alla misura di sicurezza: due rilevanti sentenze, che estendono piena copertura convenzionale alla fase esecutiva della pena, la quale, anche se attuata con meccanismi procedurali, rientra a pieno titolo nella sfera di tutela dell'art. 7 Cedu e, quindi, soggiace ai medesimi principi garantistici (*id est*: principio di legalità *ex art. 7 Cedu*, declinato in termini di previsione e conoscibilità, divieto di applicazione retroattiva della legge penale, nonché retroattività della *lex mitior*) di natura sostanziale involgenti sia il precetto penale sia il momento sanzionatorio, in astratto⁵¹⁸.

disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., sia perché la pena non sarebbe prevista dalla legge, sia perché al concorrente esterno – nonostante il diverso e minore apporto alla consorteia criminale – è applicata la stessa pena prevista per il partecipe interno. Sul punto, la Corte sottolinea preliminarmente come, in passato, essa abbia già avuto modo di dichiarare “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 110 e 416-*bis* c.p., sollevata per asserito contrasto con gli artt. 25, co. 2, e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento all'art. 7 Cedu, per violazione del principio di legalità, nella parte in cui le due disposizioni di legge ordinarie attribuiscono rilevanza penale alla fattispecie di «concorso esterno» in associazioni di tipo mafioso, poiché quest'ultima non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p., e la sua configurabilità trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418, co. 1, c.p.”. Pertanto, con riferimento al primo dei due profili richiamati dalla difesa (indeterminatezza della pena), la Corte afferma che la pena applicabile al concorrente esterno non sia affatto indeterminata, la funzione estensiva della punibilità di cui all'art. 110 c.p. comportando l'applicazione della stessa pena prevista dall'art. 416-*bis* c.p. Per quanto concerne il secondo profilo richiamato dal difensore (identità della pena tra partecipe e concorrente), i giudici di legittimità ritengono che non sia neppure ipotizzabile la violazione del principio di ragionevolezza della pena, “in quanto, (...) il giudice, applicando norme generali (attenuanti nonché artt. 132-133 c.p.), può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall'agente”. Per un approfondimento, cfr. RAGUSA, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016.

⁵¹⁸ Della prima si è già detto, in tale sede, quindi si riprende brevemente la vicenda. Come già si è avuto modo di anticipare, la Corte di Strasburgo sancisce il divieto di applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale del *Tribunal Constitutional* sfavorevole al condannato, c.d. “doctrina Parot”, rispetto alla concedibilità in esecuzione di pena del beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo*: al di là delle questioni inerenti la parificazione – ben possibile, nell'ottica del sistema Cedu – del formante giurisprudenziale alla fonte legislativa, aspetto su cui, peraltro, si tornerà nel proseguo della ricerca, il punto nodale evidenziato dalla Corte ruota intorno all'ascrivibilità del momento esecutivo della pena, e, quindi, all'interpretazione in un'ottica sostanziale delle norme esecutive concernenti l'esecuzione, di per sé, squisitamente processuali, secondo l'art. 7 Cedu e, non più, quindi, secondo i meccanismi del *tempus regit actum* ovvero altre forme di applicazione temporale delle disposizioni processuali/esecutive. Il caso origina dal ricorso di Ines Del Rio Prada, nota esponente del terrorismo separatista basco: condannata, in separati procedimenti, per plurimi omicidi e tentati omicidi alla pena complessiva di anni trenta di reclusione, determinata per effetto dell'applicazione dell'art. 70, co. 2 del codice di rito spagnolo, norma applicabile in caso di cumulo delle pene (che di per sé, ad un'applicazione meramente aritmetica avrebbe condotto, invece, alla comminazione di ben oltre

Pieno riconoscimento della portata applicativa della *lex mitior* al trattamento sanzionatorio (in esecuzione), si ha con una prima sentenza *M. c. Germany* del 17 dicembre 2009⁵¹⁹, seguita da successive decisioni nei casi *Kallweit*, *Mateus* e *Schummer*, *Haidn*, nonché *Jendrowiak*, con cui la Corte Edu si è pronunciata sulla compatibilità della disciplina normativa della custodia di sicurezza (*id est: Sicherungsverwahrung*, misura di sicurezza custodiale applicabile ai delinquenti pericolosi), ex §§ 66, 67c e 67d dello *Strafgesetzbuch* (StGB) rispetto all'art. 5 Cedu, sotto il profilo della legittimità della privazione della libertà personale e dell'art. 7

trentamila anni di reclusione). In corso di espiazione di pena, la ricorrente presentava richiesta di accesso al beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo* (misura premiale che consentiva uno sconto di pena per ogni due giorni di lavoro intramurario): nonostante il beneficio fosse stato nel mentre abrogato, in base al nuovo codice penale, se ne ammetteva la concedibilità, in via transitoria, per tutti coloro che erano stati condannati in base al codice penale previgente del 1973. Anche se la ricorrente aveva maturato i requisiti per l'accesso alla misura premiale, la magistratura di sorveglianza rigettò l'istanza della prevenuta, atteso l'intervenuto mutamento giurisprudenziale del *Tribunal Constitucional*, con la pronuncia del 28 febbraio 2006, in relazione al procedimento del terrorista Henri Parot, in merito ai requisiti di accessibilità del beneficio: secondo tale interpretazione, nota come "dottrina Parot", lo sconto di pena veniva calcolato su ciascuna delle pene inflitte e non più sulla pena complessiva, determinata per effetto dell'applicazione del regime di cumulo giuridico di cui all'art. 70, co. 2 del codice di rito previgente. Applicando tale regime anche al caso della ricorrente, la stessa avrebbe potuto, quindi, accedere alla misura in ragione del calcolo effettuato non più sulla pena complessiva di anni trenta di reclusione, ma su ciascuna pena ad essa inflitta, che, nel caso in esame, portava ad un cumulo di pene per oltre tremila anni di reclusione, vanificando in tal modo le concrete possibilità della prevenuta di accedere alla misura e posticipando notevolmente la data di fine pena. Secondo la ricorrente, l'applicazione retroattiva del mutamento sfavorevole della "dottrina Parot" sulle modalità di esecuzione del beneficio penitenziario avrebbero comportato una violazione degli artt. 7 e 5 Cedu: impostazione condivisa dalla Corte Edu sia nella pronuncia terza sezione del 10 luglio 2012 sia nella decisione della Grande Camera, del 21 ottobre 2013. Pur evidenziando come l'esecuzione della pena, in generale, non possa essere interamente ricompresa nell'alveo di tutela di cui all'art. 7 Cedu, la Corte vi ricomprende espressamente il beneficio penitenziario in esame, attesa la sua stretta incidenza sulla pena e, quindi, sulla materia penale: tale misura, infatti, era stata costruita dal legislatore spagnolo del 1973 come strettamente correlata al meccanismo del cumulo delle pene di cui all'art. 70, co. 2, tanto da poter essere considerata "un'unica sanzione" rispetto alla pena complessiva di anni trenta di reclusione, quale limite massimo conseguente al calcolo di più pene (come si è notato in dottrina, il magistrato di sorveglianza esplica un potere meramente certificativo del beneficio). L'esigenza di interpretare l'accesso alla *redención de penas por trabajo* quale misura premiale speculare alla pena complessiva, così determinata, veniva rinvenuta anche nel mantenimento della disposizione, in via transitoria, nel codice di rito della riforma del 1995. Un'applicazione retroattiva della misura avrebbe comportato, inoltre, un esito "imprevedibile" per la ricorrente, dovendo il beneficio essere calcolato rispetto ad ogni singola pena, con un prolungamento significativo della pena detentiva, ben oltre il termine di fine pena su cui la stessa aveva fatto affidamento in precedenza (2017, rispetto al 2008).

⁵¹⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, ric. n. 19359/04. Per un commento alla sentenza in lingua italiana, cfr. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3275 ss.

Cedu, in punto di applicazione retroattiva del regime più sfavorevole, introdotto per effetto della riforma federale del 1998⁵²⁰.

Come è noto, infatti, il legislatore del 1998 è intervenuto modificando l'assetto previgente del codice del 1969, incidendo sulla disciplina della *Sicherungsverwahrung*, misura di sicurezza custodiale, disposta dal giudice alternativamente o in sentenza di condanna o in forza di riserva (di emissione di ordine di internamento, espresso in condanna) o successivamente alla condanna in corso di esecuzione di pena (c.d. *Sicherungsverwahrung nachträgliche*, custodia di sicurezza postuma) ed eseguita al termine dell'espiazione della pena detentiva, in caso di commissione di uno o più delitti violenti o a sfondo sessuale ed in ragione della sussistenza in capo all'internato di una spiccata propensione a delinquere⁵²¹.

Sollevata questione di legittimità costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht*, con sentenza del 5 febbraio 2004⁵²², respinge le istanze dell'internato, ritenendo compatibile la durata indeterminata della custodia di sicurezza rispetto ai principi del *Grundgesetz* (GG), atteso che non trattandosi di una pena, ma di una misura di sicurezza, l'unico requisito essenziale ai fini di una sua corretta applicazione era rappresentato unicamente dal rispetto del principio di proporzione, quale limite alle istanze preventive.

Secondo la Corte, la garanzia del principio di proporzione sarebbe sufficientemente specificata dal § 67d, co. 3 StGB in ordine all'esigenza di una valutazione prognostica molto più stringente a fondamento di un provvedimento di prosecuzione; medesime questioni vengono riproposte successivamente all'attenzione

⁵²⁰ Il *leading case M. c. Germany* trae origine dal ricorso di un internato, condannato nel 1986 alla pena della reclusione di anni cinque per tentato omicidio e rapina, e detenuto nel penitenziario di Schwalmstadt, poiché sottoposto alla misura della custodia di sicurezza, secondo quanto sancito ai sensi del § 67d StGB, così come modificato con la riforma del 1998, in base al quale si consente al giudice di prolungare a tempo indeterminato l'internamento, anche dopo l'espiazione della pena, qualora il soggetto risulti ancora pericoloso per la sicurezza pubblica.

⁵²¹ La modifica più rilevante è rappresentata dall'art. 2 della legge di riforma, con cui si stabiliva l'abolizione del termine massimo di durata della misura, fissato dal codice previgente in dieci anni, con applicazione, altresì, retroattiva: “§ 67d des Strafgesetzbuches in der Fassung der Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 findet uneingeschränkt Anwendung”. Applicazione retroattiva della misura disposta dal Tribunale regionale di Marburg al caso del ricorrente: con provvedimento del 10 aprile 2001 – data in cui, secondo la normativa previgente, avrebbe dovuto cessare l'esecuzione della misura di sicurezza per decorrenza del termine massimo di anni dieci – veniva emesso ordine di prolungamento della custodia di sicurezza, in ragione della persistenza della pericolosità sociale dell'internato.

⁵²² Cfr. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *Dir. pen. cont.*, p. 9.

della Corte costituzionale, la quale conferma nuovamente la compatibilità della normativa interna rispetto ai principi costituzionali, quali la libertà personale, *ex art. 2, co. 2 GG*, la tutela dell'affidamento, *ex art. 2, co. 2 GG* in combinato disposto con l'art. 20, co. 3 GG, nonché il principio di legalità e di irretroattività in materia penale, *ex art. 103 GG*.

Di tutt'altro avviso la Corte Edu, la quale riscontra sia la violazione dell'art. 5 sia dell'art. 7 Cedu: con riguardo al primo profilo, i giudici europei contestano la legittimità della detenzione comminata al ricorrente in forza dell'ordine di prolungamento in ragione della mancanza dei requisiti applicativi di cui alle lett. c) ed e) dell'art. 5 Cedu, nonché in base ad una lettura generale del co. 1 della medesima disposizione⁵²³.

All'indomani della pronuncia *M. c. Germany*, dopo una prima fase di incertezza applicativa, il *Bundesverfassungsgericht* torna nuovamente a pronunciarsi sulla compatibilità dei §§ 66, 66c e 67d StGB rispetto al *Grundgesetz*, nonché agli artt. 5 e 7 Cedu quali parametri integratori nel giudizio di legittimità costituzionale: la Corte costituzionale, pur riprendendo le argomentazioni della Corte europea, rimane ferma nella propria posizione in merito alla qualificazione della misura di sicurezza, in linea con la scelta legislativa di costruire il sistema punitivo secondo lo schema del c.d. doppio binario pena/misura di sicurezza.

La necessità di ripristinare una differenza strutturale di *ratio*, contenuto e disciplina normativa della custodia di sicurezza rispetto alla pena viene posta a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale dei §§ 66, 67c e 67d StGB.

⁵²³ Secondo la Corte, infatti, il prolungamento della detenzione non poteva dirsi legittimo, ai sensi della lett. c) dell'art. 5 Cedu, atteso come il § 66 StGB subordini l'applicabilità della custodia di sicurezza ad una prognosi favorevole in termini di tendenza a delinquere, mentre il testo convenzionale considera legittima la privazione della libertà personale solamente se giustificata dall'esigenza di prevenire la commissione di uno specifico reato; ai sensi della lett. e), non essendo stato il ricorrente riconosciuto "a person unsound mind" dalle ultime perizie, nonché ai sensi del co. 1 dell'art. 5 Cedu, in via generale, in ragione di un difetto di prevedibilità/conoscibilità dell'applicazione retroattiva della durata illimitata della misura di sicurezza da parte dell'internato. Sotto il profilo dell'art. 7 Cedu, si argomenta, in primo luogo, sulla natura penale della custodia di sicurezza, in quanto, contrariamente all'orientamento costituzionale interno, secondo la Corte, la *Sicherungsverwahrung* deve essere annoverata tra le pene, in ragione della sua severità e della sua natura fortemente punitiva e repressiva; rilevata la natura di pena della misura di sicurezza, la Corte riscontra la violazione dell'art. 7 Cedu in ordine al divieto di applicazione retroattiva della legge sfavorevole. Per un approfondimento, cfr. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011, nonché meno recente, cfr. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.* 2010, p. 3275 ss.

Una corretta rimodulazione della *Sicherungsverwahrung* dovrebbe, infatti, muovere dalle seguenti premesse: (a) applicazione della misura quale *extrema ratio*, laddove non siano concretamente applicabili altre misure meno invasive; (b) rispetto della dignità e della libertà personale dell'internato; (c) previsione di un programma terapeutico trattamentale individualizzato e personalizzato, a cui l'internato partecipi attivamente e dal quale possa essere incentivato nell'ottica di un graduale reinserimento sociale; (d) l'espiazione della misura in locali appositi, separati dai luoghi di esecuzione della pena detentiva; (e) la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione; (f) riesame della pericolosità sociale a cadenza biennale; dopo i dieci anni, ogni nove mesi; (g) la valorizzazione del principio di proporzione nella valutazione della necessità di prosecuzione della misura⁵²⁴.

⁵²⁴ Linee guida riprese in sede di riforma, con la legge federale del 5 dicembre 2012, con cui il legislatore è intervenuto a riscrivere parzialmente le disposizioni dichiarate incostituzionali: permane la mancanza di un termine massimo di durata, così come l'estraneità delle misure di sicurezza rispetto ai principi garantistici della pena. La riforma ruota attorno a due profili essenziali: (a) il potenziamento del contenuto terapeutico/trattamentale della misura, in una prospettiva di massima individualizzazione della misura; (b) la valorizzazione del principio di proporzione, attribuendo al giudice la possibilità di dichiarare l'immediata cessazione della misura di sicurezza, ogniqualvolta la ritenga sproporzionata ovvero sia dimostrato il raggiungimento del recupero sociale dell'internato. La Corte è tornata nuovamente sulla questione, con la pronuncia *Gouarré Patte c. Andorra* del 12 gennaio 2016, in relazione alla disciplina normativa dello Stato di Andorra in materia di pena accessoria dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione a seguito di condanna a pena detentiva: il caso origina dal ricorso di un ginecologo condannato alla pena di anni cinque di reclusione per una serie di condotte a sfondo sessuale; condanna a cui era seguita la pena accessoria dell'interdizione perpetua all'esercizio della professione medica. A seguito della condanna definitiva, interviene una riforma al codice penale andorrano, modificando, tra le altre cose, anche la disciplina delle pene accessorie, nella misure in cui la durata di tali misure non può eccedere quella della più severa tra le pene principali inflitte con la condanna, *ex art. 38, co. 2*. Ai sensi dell'art. 7 c.p., inoltre, si riconosce la possibilità di ricorrere al procedimento di revisione del processo penale – azionabile anche d'ufficio – in caso di mancata applicazione retroattiva della legge posteriore più favorevole, anche in presenza di un giudicato penale di condanna; strumento giuridico che però risultava applicabile esclusivamente alla pena detentiva (principale) in corso di espiazione e non alle pene interdittive. Atteso come, nel caso di specie, inoltre, la pena detentiva non fosse stata di fatto scontata, in ragione del riconoscimento di una serie di benefici penitenziari, le Corte interne negano applicazione della nuova norma sostanziale al ricorrente: in sede europea, si contesta, quindi, la violazione dell'art. 7 Cedu, per la mancata applicazione retroattiva della disciplina normativa sulle pene accessorie che avrebbe comportato al prevenuto una sensibile riduzione della sanzione interdittiva, da perpetua a temporanea, commisurata in base alla durata della pena principale. La Corte nell'accogliere le doglianze del ricorrente, evidenzia come l'art. 7 Cedu investa sia la pena principale sia la pena accessoria, attesa la riconducibilità delle sanzioni interdittive nell'alveo della materia penale: data quindi la natura di sanzione penale, la pena accessoria deve rispondere ai requisiti di cui all'art. 7 Cedu, in termini di precisione e di prevedibilità/conoscibilità, nonché soggiace al principio di retroattività della *lex mitior*. Con riguardo alla questione circa l'incidenza della *lex mitior* rispetto al momento esecutivo della misura interdittiva, secondo una parte della dottrina, la Corte non prende espressamente posizione, evitando di risolvere la questione dell'ammissibilità di un intervento sul giudicato penale di condanna. Cfr. C. eur. dir. uomo, 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, ric. n. 33427/10, con nota di MAZZACUVA F., *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016.

3.11. Proposta di soluzione alternativa.

Esaminate nel dettaglio le pronunce che sono seguite sul piano interno al recepimento del caso Scoppola e dei suoi c.d. “fratelli minori”, si valuta positivamente, da un lato, lo sforzo esegetico delle Corti interne nel tentare di fornire una soluzione alla questione concreta il più possibile in linea con un’interpretazione evolutiva e sinergica dell’ordinamento interno rispetto al sistema Cedu, dall’altra, si evidenzia come le risposte, di volta in volta, elaborate, essendo legate strutturalmente alla formulazione del singolo quesito di diritto, perdono sul piano sistematico la portata di idonee soluzioni a fornire una risoluzione generale che possa essere applicata dal giudice ordinario potenzialmente a tutti i casi di rilievo.

I punti di forza della “saga” Scoppola sono bene evidenziati nel proficuo e produttivo *judicial dialogue* che si è instaurato sia all’interno della giurisdizione interna, a partire dal dibattito in seno alla giurisprudenza di legittimità, sino al recepimento della posizione delle Sezioni Unite da parte della Corte costituzionale, la quale, a sua volta, si è inserita nel circuito sovranazionale, quale giudice ultimo della Costituzione, facendo confluire sul piano interno il *dictum* della Corte europea: in tale caso, si è avuto, quindi, un’unione tra l’accertamento della situazione di “illegalità” sovranazionale alla declaratoria di illegittimità costituzionale, in un’ottica complessiva di rafforzamento della garanzie penal-processualistiche della persona tanto che può parlarsi di un giudizio di illegittimità/illegalità convenzionale e costituzionale.

Significativo, quindi, come tale operazione congiunta di duplice ed, al medesimo tempo, *univoco giudizio di conformità all’ordinamento* da parte delle Corti si sia legittimato il riconoscimento della valenza pilota della sentenza *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, nella misura in cui abbia accertato una violazione di carattere strutturale e patologica sia dal punto di vista delle istanze difensive dell’imputato sia in relazione alle esigenze di giustizia sostanziale del detenuto in esecuzione di pena. L’avvenuto riconoscimento della valenza *erga omnes* della *ratio decidendi* europea da parte della Corte costituzionale ha generato, quindi, un duplice titolo di tutela, uno mediato *ex art.* 46 e 117, co. 1 Cost. costituito dalla sentenza europea e, uno immediato, rappresentato, invece, dalla medesima sentenza n. 210/2013 della Corte costituzionale. L’assimilazione dell’accertamento dell’“illegalità” convenzionale per il tramite del giudizio di

illegittimità costituzionale ha permesso, dunque, l'estensione della *ratio decidendi* della sentenza europea *erga omnes*.

Il punto nodale del giudizio di conformità all'ordinamento è rappresentato dall'interpretazione sostanziale dell'art. 442, co. 2 c.p.p., nella misura in cui incide significativamente sulla pena: secondo il principio di diritto ricavabile dal caso Scoppola, soggiacciono all'alveo di tutela dell'art. 7 Cedu e 2 c.p. tutte quelle norme, variamente previste dall'ordinamento interno, quali norme procedurali o esecutive/amministrative, che incidono sulla determinazione e/o esecuzione della pena detentiva. La legalità della pena deve essere garantita anche in fase di esecuzione, a fronte, quindi di un giudicato di condanna: la situazione di "illegalità" non potrà essere mantenuta in forza del valore di pari rango della certezza giuridica, insita nel giudicato, il quale, dunque, dovrà necessariamente risultare recessivo.

Se tali sono le premesse, manca, tuttavia, un passaggio ulteriore: le Corti interne hanno giustificato l'intervento *in executivis* per il tramite del ricorso alla norma sostanziale dell'art. 30, co. 4 della legge che, come è noto, stabilisce – solo sul piano sostanziale, al pari dell'art. 2, co. 2 c.p. con riguardo all'*abolitio criminis* – la rimozione della condanna e la cessazione di tutti gli effetti pregiudizievoli della stessa a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice. Pare che le Sezioni Unite, nel caso *Ercolano* non si siano poste il problema, tanto dibattuto in seno alle Sezioni Unite *Gatto*, circa l'ammissibilità della riconduzione a tale disposizione dei fenomeni abolitivi incidenti non sulla fattispecie incriminatrice, quanto piuttosto sulla sola sanzione: nel procedimento *Ercolano*, si giustifica tale soluzione in ragione di un'interpretazione estensiva della nozione di "norma incriminatrice".

Assodata la riconducibilità anche del caso in esame al raggio di operatività dell'art. 30, co. 4 della legge cit., le Sezioni Unite *Ercolano* non hanno approfondito ulteriormente il risvolto processuale: l'unico collegamento rinvenibile sul piano processuale è rappresentato, infatti, dal ricorso all'art. 670 c.p.p., nella misura in cui il giudice dell'esecuzione viene chiamato a dichiarare ineseguibile e/o inesistente il titolo esecutivo su cui si fonda l'esecuzione della pena detentiva. Nessuna argomentazione specifica, invece, in merito all'altro strumento astrattamente ipotizzabile dell'art. 673 c.p.p., escluso per il fatto che nei casi in esame il giudice dell'esecuzione non sia tenuto espressamente ad effettuare una revoca della condanna.

A ben vedere, invece, si deve sottolineare sin da subito come il rimedio dell'art. 670 c.p.p. risulti difficilmente utilizzabile per la risoluzione dei casi di declaratoria di non conformità all'ordinamento, atteso come in tali casi il titolo esecutivo si sia formato regolarmente in ossequio alle norme processuali e abbia validamente fondato l'esecuzione della pena in atto: non si può parlare tecnicamente di un titolo esecutivo inesistente o "non divenuto eseguibile" e, quindi, riconducibile alle ipotesi di copertura dell'art. 670 c.p.p. (*id est*: validità materiale e giuridica del titolo), senza un'eccessiva torsione interpretativa della *ratio* della norma stessa.

Si tratterebbe, inoltre, di un errore concettuale, atteso che la situazione di "illegalità" convenzionale si è verificata successivamente alla corretta formazione del titolo esecutivo, il quale continua a giustificare l'espiazione della pena: in altri termini, riprendendo la distinzione concettuale già espressa, la sopravvenienza in corso di esecuzione di pena di un'antinomia normativa non inficia il titolo in punto di esecutività, ovverosia nella sua astratta idoneità a fondare l'esecuzione, né tanto meno in punto di eseguibilità, circa il contenuto del titolo stesso, bensì in relazione al momento attuativo e pratico del titolo esecutivo, ovverosia in punto di esecuzione. La sopravvenienza normativa si colloca quindi in una fase diversa ed ulteriore rispetto alla corretta formazione del titolo esecutivo: la rimozione degli effetti pregiudizievoli comporta, di conseguenza, l'intervento del giudice sulla fase attuativa del precetto, la cui validità non viene inficiata né posta in discussione alcuna.

Il superamento delle sopravvenienze normative incidenti sulla fase esecutiva della pena rimandano necessariamente all'art. 673 c.p.p., norma elastica, dall'applicazione potenzialmente trasversale, idonea a ricomprendere nel suo raggio di tutela tutte le ipotesi abolitive, *lato sensu* intese, che incidono in modo significativo sulla *pena in executivis*. Si è già visto, come l'art. 673 c.p.p. si sia prestato a risolvere le sopravvenienze normative riconducibili al fenomeno di incompatibilità della norma interna rispetto ai principi di diritto comunitario, a partire dal *leading case El Dridi*: il caso in esame risultava di facile lettura, atteso che l'incompatibilità comunitaria aveva prodotto un effetto abolitivo integrale della corrispettiva norma interna, con pacifica assimilazione al fenomeno, almeno sul piano degli effetti, della declaratoria di illegittimità della norma incriminatrice. Maggiormente complessa è la riconduzione sul piano degli effetti del fenomeno dell'accertamento dell'illegalità convenzionale da parte

della Corte Edu, in ragione della peculiare collocazione nelle fonti di diritto del sistema Cedu, privo di un'efficacia diretta nell'ordinamento interno. Dall'analisi della giurisprudenza sembra profilarsi un duplice schema di tutela, a c.d. doppia velocità:

(a) *per il caso concreto*: risoluzione dell'antinomia direttamente ad opera del giudice ordinario, per il tramite dell'interpretazione convenzionalmente conforme delle norme interne dichiarate incompatibili con la Cedu. Nel caso in esame, la rimozione degli effetti pregiudizievoli della sentenza *Scoppola (n. 2) c. Italia* era stata operata direttamente dalla Corte di Cassazione, a seguito del ricorso *ex art. 625-bis c.p.p.*: il titolo giuridico in base al quale il giudice ordinario determina le proprie decisioni sarebbe basato sull'esecuzione della sentenza sovranazionale in conformità all'obbligo di adeguamento di cui all'art. 46 Cedu ed art. 117, co. 1 Cost. Si avalla in tal modo un *sindacato di legittimità costituzionale diffuso* ad opera dello stesso giudice ordinario, che nei limiti del caso concreto, applica in via immediata la *ratio decidendi* della pronuncia europea, rimuovendo gli effetti pregiudizievoli conseguenti ad essa;

(b) *per la generalità dei casi*: il passaggio obbligato rimane il ricorso all'illegittimità costituzionale ad appannaggio esclusivo della Corte costituzionale, risultando preclusa un'attività di diretta interpretazione conforme ad opera del giudice ordinario. Il titolo giuridico su cui fondare la tutela in esecuzione diviene in via immediata la pronuncia costituzionale, mentre solo in via mediata la pronuncia europea.

Per tale via la situazione di illegalità convenzionale viene assimilata al fenomeno della declaratoria di illegittimità costituzionale che sul piano interno trova soluzione per il tramite del combinato disposto degli artt. 30, co. 4 e 673 c.p.p. In tale caso, si ha infatti un perfetto allineamento dei due ordinamenti in un univoco giudizio di non conformità della norma interna all'ordinamento nel suo complesso: il ricorso al combinato disposto degli articoli sopra citati si spiega nella misura in cui si scelga di valorizzare la dinamica insita nel procedimento processuale che conduce il giudice a ricorrere allo strumento dell'art. 673 c.p.p. Il *modus operandi* del giudice dell'esecuzione in applicazione dell'art. 673 c.p.p. si basa su due passaggi fondamentali:

1) revoca della condanna e degli effetti penali conseguenti in relazione alla norma sostanziale dell'art. 30, co. 4 della legge cit., così come interpretata dalle Sezioni Unite Ercolano, norma di copertura di fenomeni abolitivi incidenti sulla "norma incriminatrice" incidente sia sul precetto e sulla pena;

2) adozione di provvedimenti conseguenti alla revoca, all'interno dei quali per pacifica giurisprudenza vi rientra anche la rideterminazione della pena.

Applicando lo schema dell'art. 673 c.p.p. al caso di Scoppola, si potrebbe rilevare come il giudice dell'esecuzione, per quanto sia stato chiamato sul piano degli effetti, alla sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno alla pena di anni trenta di reclusione, abbia proceduto, in prima battuta a rimuovere la parte della condanna inficiata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale e, solo in un secondo momento, a procedere nuovamente alla rideterminazione della pena secondo le indicazioni delle Corti Supreme. Il passaggio della rimozione della parte di condanna incostituzionale rimane obbligato, anche nella misura in cui non sia esplicitato nell'ordinanza di remissione, in quanto implicito nel *modus operandi* del giudice.

Esportando quindi tale *modus operandi* in via generale si può osservare che:

(a) casi di illegalità convenzionale/illegittimità costituzionale: lo schema metodologico e concettuale a cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe attenersi risiede nel combinato disposto degli artt. 30, co. 4 della legge cit. sul piano sostanziale e 673 c.p.p. sul piano processuale, laddove operata la rimozione della pena inflitta in ragione della norma dichiarata incostituzionale segue la rideterminazione della pena, quale provvedimento conseguente alla revoca della condanna.

Il ragionamento appare lineare nel momento in cui i due profili di illegittimità si sommano in un univoco giudizio di non conformità. Nel caso in cui invece difetti una declaratoria di illegittimità si prospettano due scenari:

(a) la pronuncia sovranazionale ha i requisiti sostanziali di una pronuncia pilota:

allo stato dell'arte della giurisprudenza costituzionale, a seguito delle sentenze gemelle nn. 348, 349 del 2007, posizione, peraltro, confermata con la pronuncia n. 49 del 2015, sarebbe precluso al giudice ordinario riportare la *ratio decidendi* della sentenza sovranazionale al caso concreto, difettando un titolo giuridico da far valere in esecuzione dell'art. 46 Cedu; passaggio obbligato rimarrebbe, in ogni caso, il ricorso alla Corte costituzionale. Si potrebbe sostenere, invece, in una prospettiva futura (e non tanto futuribile) la previsione di un sindacato di legittimità costituzionale ad appannaggio dello stesso giudice ordinario, il quale chiamato ad interpretare convenzionalmente le norme interne inficcate da una situazione di "illegalità" convenzionale, possa ricorrere allo strumento dell'art. 673 c.p.p., nella misura in cui la

sentenza europea abbia i requisiti di un procedimento pilota, senza quindi prevedere il passaggio obbligato per la Corte costituzionale.

Il ricorso alla Corte costituzionale rimarrebbe, invece, vincolato, laddove fosse impossibile pervenire ad un'interpretazione convenzionalmente conforme senza contraddire i principi costituzionali ovvero nella misura in cui la pronuncia sovranazionale offrisse uno *standard* di tutela inferiore e/o in contrasto con le peculiari garanzie dell'assetto costituzionale. L'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. quale *modus operandi* generalizzato garantirebbe il recupero dell'uniformità delle soluzioni applicative e la riduzione al minimo della discrezionalità giudiziale nella scelta dei mezzi e della modalità di rimozione delle antinomie normative.

(b) la pronuncia sovranazionale risolve esclusivamente il caso concreto: laddove, invece, la pronuncia europea non rivestisse i requisiti anche sostanziali ed indiretti della sentenza pilota, è già avallata la soluzione di diretto intervento del giudice dell'esecuzione, il quale, però, dovrebbe operare in forza del *modus operandi* insito nell'art. 673 c.p.p., ovvero sia in termini di rimozione degli effetti pregiudizievoli e rideterminazione della pena, quale provvedimento conseguente alla revoca di condanna inficiata dalla violazione accertata in sede europea limitatamente al caso singolo.

In sintesi le soluzioni proposte per una corretta rivalutazione dell'antinomia normativa verificatasi per effetto di ipotesi di "illegalità convenzionale" sono le seguenti:

La copertura dell'art. 673 c.p.p. per le violazioni di natura sostanziale:

- *ipotesi tipizzate*: (a) *abolitio criminis*; (b) dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice;

- *ipotesi non tipizzate*, ricondotte per il tramite dell'interpretazione estensiva dell'art. 673 c.p.p.: (a) dichiarazione di incompatibilità della norma interna rispetto agli *standard* comunitari (cfr. caso *El Dridi*);

- *ipotesi assimilabile alla declaratoria di illegittimità costituzionale con effetti erga omnes*: (a) dichiarazione di una situazione patologica e strutturale di "illegalità" convenzionale recepita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale; antinomia risolvibile con il ricorso dell'art. 673 c.p.p. in relazione all'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953; (b) dichiarazione di una situazione patologica e strutturale di "illegalità" convenzionale, risolvibile con interpretazione conforme delle norme interne

incompatibili al fine di ricorrere sul piano interno al ricorso all'art. 673 c.p.p. in relazione all'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953;

- *ipotesi assimilabile alla declaratoria di illegittimità costituzionale per il caso singolo*: (a) interpretazione conforme delle norme interne incompatibili al fine di ricorrere sul piano interno al ricorso all'art. 673 c.p.p. in relazione all'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953.

Sezione IV

Il giudicato e la pena “illegale”

3.12. La declaratoria di illegittimità costituzionale e la successione di leggi penali nel tempo.

Pur essendo ricondotta sul piano formale degli effetti all'interno dell'art. 673 c.p.p. – in termini di revoca della sentenza passata in giudicato e cessazione degli effetti penali della medesima – la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice (*ex artt. 136, co. 1 Cost. e 30 della legge n. 87/1953*) differisce sostanzialmente dall'*abolitio criminis* (*ex art. 2, co. 2 c.p.*).

Sin dalla sua prima sentenza del 1956, la Corte costituzionale ha evidenziato come gli istituti giuridici dell'abrogazione e dell'illegittimità costituzionale non siano identici fra loro, ma si muovano, invece su piani diversi, con competenze e ricadute sul sistema nettamente distinte. Come è stato, infatti, ribadito dalla Corte costituzionale, con sent. n. 49 del 1970, “il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore costituisce fenomeno diverso dall'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, dell'illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa”⁵²⁵, il fenomeno dell'*abolitio criminis* si riconduce, quindi, all'interno di una rinnovata e diversa valutazione del disvalore penale di un fatto, fondata sull'opportunità politica e sociale, operata dal legislatore in sede parlamentare; la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice manifesta, invece, una “patologia normativa”, atteso che la norma dichiarata incostituzionale risulta geneticamente viziata, dovendo essa essere rimossa dall'ordinamento *ab origine*, in forza della supremazia gerarchica dei principi costituzionali rispetto alle norme emanate dal legislatore ordinario⁵²⁶.

⁵²⁵ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, p. 10. Per un commento alla giurisprudenza costituzionale, cfr. DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna*. I Parte., in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, p. 770; ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 346 ss.; GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento?*, nota a Cass. pen., 17 novembre 2010, n. 40836, in Cass. pen., 2011, pp. 1349 ss.

⁵²⁶ «Ciò impone e giustifica la proiezione “retroattiva”, sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, già da essa disciplinati, della intervenuta pronuncia di incostituzionalità, la quale certifica la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida». Ne segue che tale norma “deve dunque considerarsi *tamquam non fuisset*, perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi, per cui tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia

Simili argomentazioni vengono ricavate dalla Corte costituzionale dall'interpretazione sistematica del c.d. "complesso unitario" risultante dall'art. 136, co. 1 Cost. in combinato disposto all'art. 30, co. 3 e 4 della legge 11 marzo 1953 del 1953, da cui si desume il principio generale della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale, nonché il divieto della sua applicazione ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento. Al comma terzo dell'art. 30 della legge cit. si dispone, in via generale, il divieto per il giudice di applicare la norma dichiarata incostituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza ablativa; al comma quarto della medesima fattispecie si precisa, altresì, che "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali": la disposizione estenderebbe «al massimo l'incidenza "retroattiva" delle decisioni di incostituzionalità nella materia penale, quando si sia pronunciata sentenze di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali. Tali sentenze, ancorché passate in giudicato, cessano di avere esecuzione e di produrre qualsiasi effetto penale. In questo caso il massimo di retroattività è stato previsto in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, essendosi ritenuto inaccettabile (come e più che nell'abrogazione) che esse potessero ancora valere, una volta riconosciuta l'incostituzionalità del loro fondamento normativo»⁵²⁷.

Delimitata la sfera di operatività della declaratoria di illegittimità costituzionale dagli altri fenomeni abolitivi, occorre precisare come solamente in caso di annullamento di una norma incriminatrice fosse possibile, allo stato della giurisprudenza *ante* Sezioni Unite Gatto, ricorrere in modo agevole al combinato disposto degli artt. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 e 673 c.p.p.: sul piano sostanziale, si richiamava, infatti, l'operatività

pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e consumati". Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, pp. 12-13.

⁵²⁷ Medesimi effetti, diversità di *ratio*: tale equazione non si riscontra, laddove, invece, si paragoni il fenomeno della declaratoria di illegittimità costituzionale alla successione temporale di leggi penali, di cui all'art. 2, co. 4 c.p., nel caso di efficacia retroattiva della *lex mitior*, con la preclusione espressa del giudicato penale e, con la peculiare ipotesi, introdotta *ex novo* con la novella n. 85 del 2006, della sostituzione della pena pecuniaria, in luogo della sola pena detentiva, per effetto di modifica normativa, con effetti, invece, anche in esecuzione. L'elemento distintivo è rappresentato dal fatto che nel caso di cui ai co. 3-4 dell'art. 2 c.p. "si succedono nel tempo norme valide, in ragione di una diversa valutazione di opportunità politica compiuta dal legislatore nel fisiologico esercizio della propria discrezionalità politica", mentre nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale "viene accertata l'illegittimità originaria della norma per contrasto con la Costituzione" e, pertanto, "giustifica una più pregnante esigenza di tutela". Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, pp. 12-13

del co. 4 dell’art. 30 della legge cit., nella misura in cui – secondo l’interpretazione tradizionale che la giurisprudenza aveva elaborato intorno al dato testuale – si prestava a risolvere esclusivamente ipotesi di rimozione integrale di una fattispecie incriminatrice, con la conseguenza, sul piano processuale, della revoca del giudicato e della cessazione di tutti gli effetti penali della condanna, *ex art. 673 c.p.p.*⁵²⁸.

Secondo l’impostazione più risalente, residuavano al di fuori dell’applicabilità del combinato disposto di cui sopra, ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale incidenti su norme diverse dal precetto penale e ricadenti, invece, sul trattamento sanzionatorio: nei confronti di tali casi, non potendo essere ricondotti direttamente nell’alveo di tutela del co. 4 dell’art. 30 della legge cit., si giustificava sul piano processuale l’impossibilità di estendere l’efficacia retroattiva della pronuncia ablativa ai *rapporti esauriti* e, quindi, alle sentenze passate in giudicato, con la conseguenziale immutabilità della pena detentiva – in corso di espiazione – anche se divenuta incostituzionale.

I quesiti, quindi, che la giurisprudenza veniva chiamata a risolvere ruotano intorno a due profili:

(1) estensione dell’efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità costituzionale ai rapporti esauriti e, quindi, al giudicato penale di condanna;

(2) estensione dell’operatività del combinato disposto di cui agli artt. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 e 673 c.p.p. anche in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio.

3.13. La dichiarazione di illegittimità di una norma non incriminatrice: le questioni sul tappeto.

Un primo tentativo di risoluzione dei quesiti sopra esposti, si ha con la pronuncia della Corte costituzionale, 8 luglio 2010, n. 249, con cui si è pronunciata la declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante comune della c.d. “clandestinità”, *ex art. 61 n. 11-bis c.p.*, nella misura in cui si prevedeva l’aumento di pena per aver “il colpevole commesso il fatto mentre si trova(va) illegalmente sul

⁵²⁸ La rimozione integrale della fattispecie incriminatrice, ad opera della Corte costituzionale, veniva in tal modo, equiparata sul piano degli effetti all’*abolitio criminis* e, quindi, ricondotta alla pari all’interno dell’art. 673 c.p.p., che, sul piano processuale, risolveva l’antinomia giuridica, rimuovendo il giudicato e gli effetti pregiudizievoli della condanna.

territorio nazionale”⁵²⁹: a seguito della pronuncia costituzionale, dottrina e giurisprudenza si interrogarono sull’ammissibilità di un intervento del giudice dell’esecuzione sul *quantum* di pena, determinato dal riconoscimento e dall’applicazione della circostanza aggravante *de qua* dichiarata incostituzionale⁵³⁰.

All’indomani della pronuncia in esame, si registrarono, infatti, quattro differenti orientamenti interpretativi:

(a) *tesi contraria alla rideterminazione della pena in executivis*, strenuamente sostenuta da una parte della giurisprudenza, *in primis*, dalla prima sezione della Cassazione, nella pronuncia *Hamrouni* del 19 gennaio 2012, n. 27640, per cui non è “soggetta a revoca *in executivis* la sentenza di condanna intervenuta per reato aggravato da circostanza dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente al suo passaggio in giudicato né è consentito al giudice dell’esecuzione dichiarare non eseguibile la porzione di pena corrispondente”⁵³¹. Tale conclusione veniva ricavata dalla Corte, lungo un *iter* argomentativo alquanto singolare, atteso come si considerasse inapplicabile il rimedio di cui all’art. 30, co. 4 della legge cit., perché ritenuto implicitamente abrogato per effetto dell’analogo e più restrittivo art. 673 c.p.p., il quale, come è noto, farebbe riferimento esclusivamente all’ipotesi di revoca *in executivis* dovuta da *abolitio criminis* e dichiarazione di illegalità costituzionale della norma

⁵²⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

⁵³⁰ A fronte di un orientamento giurisprudenziale fortemente restrittivo, attesa l’asserita diversità del fenomeno in esame rispetto all’*abolitio criminis* e/o alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice, iniziarono a svilupparsi orientamenti interpretativi notevolmente più garantisti, diretti all’individuazione di margini di intervento nelle maglie dell’art. 673 c.p.p. e/o ai sensi dell’art. 30, co. 4 della legge cit., anche in ragione del mutamento della sensibilità giuridica particolarmente attenta alle ricadute sulla pena *in executivis*; procedimento parallelo al dibattito circa la percorribilità di soluzioni analoghe per l’esecuzione della giurisprudenza sovranazionale (*id est*: *Scoppola* (n. 2) c. Italia). Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 138-140.

⁵³¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 27640: secondo tale pronuncia, la pena inflitta all’esito del giudizio di cognizione sarebbe imm modificabile. L’immodificabilità della pena *in executivis* verrebbe rinvenuta, secondo il giudice, dalla sua asserita compatibilità con il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost. del differente trattamento sanzionatorio riservato alle condotte accertate con sentenza passata in giudicato prima della dichiarazione d’incostituzionalità, “perché la *res iudicata* costituisce fondamento affatto ragionevole del *discrimen* tra situazioni uguali, come risulta anche dalla disciplina dell’art. 2, quarto comma, cod. pen. (...)”. Si nega, inoltre, una legittimazione a possibili interventi sulla pena *in executivis*, in ragione dell’inapplicabilità sia dell’art. 673 c.p.p. sia dell’art. 30, co. 3 e 4 della legge n. 87/1953, in quanto, con riguardo al terzo comma dell’art. 30 cit., si afferma che la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna esaurisce la “applicazione” di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, sicché “l’esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo procedimento di irrogazione della sanzione”. Quanto all’inapplicabilità del quarto comma, si ribadisce che tale previsione si riferisce alle sole norme incriminatrici, anche in ragione della previsione della cessazione non solo dell’esecuzione, ma anche “di tutti gli effetti penali” della sentenza irrevocabile di condanna, e, comunque, deve ritenersi abrogato dall’art. 673 c.p.p. Per un approfondimento, cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

incriminatrice: secondo la Corte, quindi, con la riforma del codice di rito del 1988, il legislatore avrebbe ristretto il campo di operatività in esecuzione, limitando le possibilità di revoca della sentenza di condanna esclusivamente alle due ipotesi citate, escludendo, invece, per l'effetto, i mutamenti sul trattamento sanzionatorio parziali e non attinenti alla pena in senso stretto (*id est*: aggravamento della pena, per effetto di circostanza aggravante: ipotesi accidentale ed eventuale, individuabile solamente nel caso di effettiva valutazione ad opera del giudice)⁵³².

Alle medesime conclusioni della sentenza citata, ma attraverso un percorso argomentativo diverso, il Tribunale di Verona, con ord. 27 luglio 2010, propendeva per il rigetto delle istanze del prevenuto, argomentando come l'ipotesi *de qua* fosse “una mera vicenda modificativa della struttura del reato (da intendersi sia con riguardo agli elementi costitutivi sia accessori, quali le circostanze del reato) da ricondursi, piuttosto al fenomeno della successione di leggi nel tempo e, segnatamente, all'art. 2, co. 4 c.p.”⁵³³, che, però, nel caso concreto, non avrebbe potuto trovare applicazione, atteso come tale disposizione ponga il limite del giudicato all'operatività della *lex mitior* in esecuzione.

(b) *tesi favorevole alla rideterminazione della pena in executivis*:

(b¹) *applicazione estensiva/analogica diretta dell'art. 673 c.p.p.*: in ragione di un'interpretazione teleologica dell'art. 673 c.p.p., parte della dottrina, nonché della giurisprudenza di merito, giunsero, contrariamente al precedente indirizzo ermeneutico, alla legittimazione di soluzioni operative *in executivis*⁵³⁴. Tale orientamento, infatti, faceva leva sulla *ratio* sottesa alla norma in esame, evidenziando come l'art. 673 c.p.p. fosse stato concepito dal legislatore per “impedire che una sanzione penale venisse ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale”: medesimo *telos* sarebbe, altresì, individuato anche nel caso di declaratoria parziale di illegittimità costituzionale, limitata alla circostanza aggravante, atteso che “pure qui si tratta(va) di

⁵³² Per quanto possa valutarsi con favore il tentativo della Corte di addivenire ad una soluzione applicativa concreta, anche per il tramite di una presa di posizione ben specifica, è evidente come l'approccio ermeneutico dei giudici si spinga oltre ad una mera interpretazione del raccordo normativo tra le varie disposizioni in esame (artt. 136 Cost., 30, co. 3 e 4 della legge n. 87/1953 in relazione all'art. 673 c.p.p.) per giungere, invece, ad un esito creativo assolutamente arbitrario, non suffragato da precedenti in merito, tanto meno da appigli testuali e sistematici (*id est*: l'asserita abrogazione dell'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953).

⁵³³ Cfr. Tribunale di Verona, ord. 27 luglio 2010. Per un commento, cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

⁵³⁴ Cfr. DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale*, n. 32/2014 sui giudicati di condanna, cit., p. 775.

evitare che una norma in contrasto con la Costituzione potesse continuare a produrre effetti pregiudizievoli per un diritto fondamentale come la libertà personale dell'individuo⁵³⁵. Da tale premesse, si desumeva, infatti, “l'estensione analogica del potere del giudice dell'esecuzione di intervenire sul giudicato, *ex art. 673 c.p.p.*”⁵³⁶.

(b²) *riconcucibilità della questione limitatamente all'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953*: secondo tale orientamento, rappresentato, *in primis*, dalla pronuncia Hauohu, della prima sezione della Cassazione, 27 ottobre 2012, n. 977, non era invece eseguibile il giudicato di condanna per la parte in cui esso è riferibile alla circostanza aggravante colpita da declaratoria di illegittimità costituzionale⁵³⁷.

A fondamento di tale soluzione, i giudici – dopo aver ribadito l'incompatibilità dell'art. 673 c.p.p. – richiamano l'art. 30, co. 4 della legge cit., in quanto tale norma “non circoscrive in alcun modo, né direttamente, né indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla condanna pronunciata “in applicazione” di una norma penale dichiarata incostituzionale”, consentendo al giudice, in forza dei principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità, che investono la pena ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost., “di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto (...) al bilanciamento tra le circostanze”⁵³⁸;

⁵³⁵ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 132 ss.

⁵³⁶ Teoria sostenuta anche da una parte della giurisprudenza di merito, come, a titolo esemplificativo, dal Tribunale di Milano, il quale, con ord. 26 gennaio 2011, aveva ritenuto come l'intervento *in executivis* sulla porzione di pena inerente il riconoscimento della circostanza aggravante non esorbitasse dai poteri del giudice dell'esecuzione, atteso che si sarebbe trattato semplicemente di eliminare il quantum di pena inflitto a titolo di aumento su quella calcolata per il reato cui la circostanza accede. A sostegno di tale tesi, secondo il giudice, deponava la modifica apportata dal legislatore al terzo comma dell'art. 2 c.p. (introdotto *ex art. 14, legge n. 85/2006*): con tale disciplina, il legislatore avrebbe dato ingresso ad una deroga alla regola generale della non applicabilità modificativa, allorchè fosse presente una sentenza di condanna irrevocabile; erodendo, in tal modo, ancora di più il principio di intangibilità del giudicato penale. Si affermava che “se, infatti in ragione del principio di uguaglianza, il legislatore ha previsto che la sentenza di condanna irrevocabile debba cedere il passo nel caso in cui muti il “tipo” di sanzione, proprio perché ripugnerebbe che un soggetto scontasse una pena detentiva in relazione a un fatto per il quale la legge successiva comminasse solamente la pena pecuniaria, allo stesso modo il giudicato deve essere travolto nel caso in cui, addirittura, è stata “eliminata” dall'ordinamento una disposizione che preveda una circostanza aggravante, perciò idonea a incidere sulla quantificazione della pena”.

⁵³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2012, n. 977. In senso analogo, successive, cfr. Cass. pen., sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361; Cass. pen., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2012, n. 40464.

⁵³⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2012, n. 977.

(b³) *impossibilità di ricondurre il caso in esame sia all'interno dell'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 sia dell'art. 673 c.p.p.: passaggio obbligato dell'intervento legislativo e/o della Corte costituzionale*: in entrambe le fattispecie il legislatore avrebbe inteso infatti fare esclusivo riferimento al concetto di “norma incriminatrice”, escludendo dal raggio di operatività le ipotesi abrogative, *lato sensu* intese, incidenti solo sulla circostanza aggravante: «Se si muove dall'asserzione che il presupposto per la operatività dell'art. 30, co. 4 della legge cit. che dell'art. 673 c.p.p. è “l'illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice”, non si può far rientrare direttamente (ossia entro la cornice dei possibili significati letterali) nel concetto di norma incriminatrice anche quello di circostanza aggravante facendosi leva sulla interpretazione estensiva»⁵³⁹.

Con riferimento, inoltre, all'art. 30, co. 3 e 4 della legge cit., si esclude l'applicabilità del terzo comma, in ragione del fatto che esso si limiterebbe a prescrivere unicamente la generale efficacia obbligatoria della pronuncia ablatoria dopo la pubblicazione: un'interpretazione letterale dell'inciso normativo porterebbe quindi ad escludere una sua rilevanza per l'ipotesi più circoscritta della declaratoria di illegittimità costituzionale incidente sulla sola ed “accessoria” porzione di pena determinata dalla circostanza aggravante. Medesime conclusioni venivano tratte con riguardo al quarto comma della disposizione testè citata: «Se si “legge” interamente la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 30, il significato è completamente diverso rispetto a quanto asserito dalla Corte di cassazione nella sent. “Hauohu”: in tale disposizione è infatti stabilita la cessazione della esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna e di “tutti gli effetti penali” della medesima condanna”, trattandosi “di conseguenze giuridiche chiaramente incompatibili con la semplice non eseguibilità della porzione della sentenza che ha applicato l'aggravante successivamente ritenuta incostituzionale»⁵⁴⁰.

L'art. 30, co. 4 troverebbe applicazione limitatamente per le declaratorie di illegittimità costituzionale ricadente sull'intera fattispecie incriminatrice,

⁵³⁹ Cfr. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

⁵⁴⁰ In altri termini, il testo dell'art. 30, co. 4 si riferirebbe esclusivamente alla cessazione dell'esecuzione dell'intera sentenza di condanna e non ad una sua parte: “Ciò è oltretutto chiaro dall'indissolubile collegamento creato, nella struttura sintattica dell'enunciato, dalla congiunzione copulativa “e”: tra il sintagma “cessazione dell'esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna” e il sintagma “tutti gli effetti penali (della pronuncia di condanna definitiva)”.

comportandone, quindi, per l'effetto, se in esecuzione di pena, la revoca della sentenza di condanna e *la cessazione di tutti gli effetti penale della stessa*: l'estensione ad ipotesi parziali, non incidenti sulla fattispecie incriminatrice sostanziale, bensì su una porzione del trattamento sanzionatorio (*id est*: la porzione di pena “coperta” dalla circostanza aggravante) rappresenterebbe un'interpretazione distorsiva della disposizione, ben oltre i limiti di un'estensione della *ratio* della stessa, configurando, invece, una manipolazione creativa della norma⁵⁴¹.

Pur prendendo atto dell'impossibilità di una soluzione positiva, per il solo tramite interpretativo, si ritiene come tale lacuna normativa fosse contraria sul piano assiologico al principio di ragionevolezza ed equità di cui all'art. 3 Cost., nella misura in cui si negava tutela al detenuto che si trovasse a scontare una pena, parzialmente “illegale”, in ragione della pronuncia di annullamento della Corte costituzionale: si auspicava, quindi, un intervento del legislatore e/o della Corte costituzionale, tramite sentenza additiva per estendere tutela giuridica anche alle ipotesi di declaratoria parziale della pena⁵⁴².

⁵⁴¹ «L'interpretazione giurisprudenziale ha infatti dei limiti: i giudici non possono/debbono attribuire ai testi giuridici qualsivoglia significato sembri loro opportuno; per restare nell'ambito dell'interpretazione (e non trasferirsi in quello della creazione di norme nuove) occorre che l'attività svolta dal giudice di ascrizione di significati alle disposizioni giuridiche ricada entro la cornice dei significati ammissibili. Ogni attribuzione di significato che esuli dalla cornice dei significati ammissibili costituisce pertanto non una “interpretazione”, bensì una “formulazione di una norma nuova». Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

Si negava, altresì, valenza all'impostazione giurisprudenziale che riduceva i termini della questione ad un'interpretazione estensiva del concetto di norma incriminatrice di cui all'art. 673 c.p.p. ovvero analogica della medesima *ratio* di cui all'art. 2, co. 3 c.p.: in entrambi i casi, il risultato sarebbe quello di integrare la fattispecie di cui all'art. 673 c.p.p. con un'ulteriore ipotesi di illegittimità costituzionale, a cui ricollegare i medesimi effetti giuridici che seguono dagli altri due casi espressamente tipizzati dal legislatore (*abolitio criminis* e declaratoria di illegittimità di una norma incriminatrice). Anche tale soluzione – per l'orientamento esposto – rappresenterebbe una torsione degli strumenti ermeneutici, atteso che l'interprete pretenderebbe di colmare una lacuna legislativa, ricollegando conseguenze giuridiche non previste (*id est*: rimozione del *quantum* di pena associato all'aggravante) ad una non esplicitamente contemplata (annullamento costituzionale di un'aggravante): “Siamo dunque fuori dal consueto schema [...], su cui si fonda in genere il procedimento analogico: operazione compiuta dagli interpreti del diritto mediante la quale si attribuisce ad un caso non regolato espressamente dall'ordinamento giuridico la “stessa disciplina” prevista dal legislatore per un caso simile”.

⁵⁴² Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss. L'annosa *querelle* dogmatica e giurisprudenziale circa le sorti della pena *in executivis* per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale sulla norma non incriminatrice, si ripercuote anche sull'evoluzione giurisprudenziale successiva, fino al definitivo (o temporaneo) arresto delle Sezioni Unite, con la pronuncia 29 maggio 2014, n. 42859, nel procedimento *Gatto*: medesime perplessità e criticità vengono, infatti, riproposte e sollevate nei casi di (a) omesso rilievo della circostanza attenuante della lieve entità in relazione al reato di sequestro a scopo di estorsione (Corte cost., sent. n. 68 del 2012); (c) automatismi che impediscono il giudizio di prevalenza di alcune circostanze attenuanti (Corte cost., sent. n. 251 del 2012, in relazione al 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, c.p.); (d) divieto di prevalenza di circostanze

3.14. Focus sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014 in materia di stupefacenti.

Come è noto, nel corso del 2013, il legislatore è intervenuto a più riprese in materia di esecuzione della pena detentiva, con un'evidente *ratio* di deflazione della popolazione carceraria, in ragione della situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari: qualsiasi politica deflativa – come è stato opportunamente evidenziato in dottrina⁵⁴³ – non poteva prescindere da un ripensamento della legislazione sugli stupefacenti (*ex d.P.R.* 9 ottobre 1990, n. 309, nella versione modificata dalla legge Fini-Giovanardi, *ex d.l.* 272/2005, conv. in legge 49/2006), atteso, che, la disciplina normativa in materia di stupefacenti, fortemente carcerocentrica, è una delle principali cause del sovraffollamento carcerario⁵⁴⁴.

La modifica più rilevante della novella normativa è rappresentata, tuttavia, dall'intervento sull'art. 73, co. 5 t.u. stup., relativo ai “fatti di lieve entità”, al fine di mitigarne il rigoroso e sproporzionato trattamento sanzionatorio, che prevedeva la pena della reclusione da uno a sei anni: con la novella, si è inciso sia in ordine alla diminuzione del massimo edittale da sei a cinque anni di reclusione sia in punto di qualificazione giuridica della norma, da circostanza attenuante a fattispecie autonoma di reato⁵⁴⁵.

attenuanti rispetto alla recidiva di cui all'art. 99, co. 4 c.p., in relazione all'art. 648, co. 2, c.p. (Corte cost., sent. n. 105 del 2014) e all'art. 609-bis, co. 3, c.p., nonché con riguardo alla pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 74 del 2016) con cui si è dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4 c.p., sost. dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 7 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, co. 4 c.p.; (e) norma che aggrava in via retroattiva la disciplina della sostituzione della pena dell'ergastolo assicurata dal rito abbreviato (Corte cost., sent. n. 210 del 2013); (f) un'intera cornice edittale (Corte cost., sent. n. 32 del 2014), in ordine alla equiparazione del trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite legate alle droghe “leggere” e “pesanti”; (g) ipotesi di applicazione obbligatoria della recidiva (Corte cost., sent. n. 185 del 2015) sull'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 99, co. 5, c.p.

⁵⁴³ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 20 ss.

⁵⁴⁴ Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 146/2013 si apprende che “alla data del 26 luglio 2013, su 23.683 soggetti imputati, ben 8.486 erano ristretti per violazione della legge stupefacenti e che su 40.024 detenuti condannati, ben 14.970 stavano scontando pene inflitte per lo stesso tipo di reati”. Per un approfondimento, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 50. Secondo i dati riportati nella Relazione di accompagnamento al decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in legge 21 febbraio 2014, n. 10 (intitolato “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”), la popolazione carceraria risultava composta per oltre un terzo da autori di reati di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 (d'ora in poi: t.u. stup.), in molti casi, tra l'altro, essi stessi affetti da tossicodipendenza.

⁵⁴⁵ Il primo dei due provvedimenti sull'emergenza carceri, il decreto legge primo luglio 2013, n. 78 (conv., con modif., in legge 9 agosto 2013, n. 94) ha introdotto il co. 5-ter nell'art. 73 t.u. stup.,

Durante l'iter parlamentare di conversione in legge del d.l. n. 146/2013, però, l'art. 73 t.u. stup. è stato oggetto, nella sua interezza, di una declaratoria di illegittimità da parte della Corte costituzionale, con la pronuncia del 25 febbraio 2014, n. 32, con cui si sono dichiarati incostituzionali, per contrasto con l'art. 77, co. 2 Cost., gli artt. 4-bis e 4-vicies-ter del d.l. 272/2005 (conv. con modif., in legge n. 49/2006, la c.d. legge Fini-Giovanardi), che avevano modificato l'art. 73 t.u. stup., unificando verso l'alto, il trattamento sanzionatorio, prima differenziato tra droghe c.d. pesanti e leggere.

Per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, si è avuto una rimozione, *ex tunc*, delle norme incostituzionali, da parte dell'ordinamento, con la "reviviscenza" del precedente e più favorevole art. 73, nella versione della legge Iervolino-Vassalli. In sede di conversione, tuttavia, il Parlamento ha totalmente ignorato tale sentenza, nonostante il comunicato stampa ufficiale, emesso dalla Corte costituzionale nello stesso giorno della camera di consiglio, dell'avvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, approvando, senza alcun emendamento, il co. 5 così come contenuto nel d.l. n. 146/2013, riferendosi, però, al testo dell'art. 73, nella versione dichiarata incostituzionale. All'indomani della sentenza, quindi, gli esperti si trovarono ad applicare una norma ibrida, strutturata per i primi quattro commi sulla distinzione tra droghe c.d. pesanti e leggere e con un quinto comma che invece prescinde da tale distinzione.

Procedendo con ordine, occorre, in primo luogo, analizzare la pronuncia n. 32/2014 della Corte costituzionale, per verificare, in secondo luogo, l'incidenza della stessa rispetto alla normativa previgente e le sue ripercussioni rispetto alla norma attualmente vigente, individuando, di volta in volta, la versione dell'art. 73, co. 5 t.u. stup. applicabile al caso concreto.

(a) *La sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale.*

La questione di illegittimità costituzionale era stata sottoposta alla Corte costituzionale dalla terza sezione della Cassazione, con ord. 9 maggio 2013⁵⁴⁶, con riguardo alla legittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies-ter del d.l. n. 272/2005 (conv. con

estendendo l'operatività del lavoro di pubblica utilità a tutti i condannati a pene inferiori ad un anno di detenzione, che abbiano commesso il reato "in relazione" al proprio stato di tossicodipendenza. Con il secondo provvedimento, si è ampliata la sfera di applicabilità della misura alternativa dell'affidamento in prova terapeutico di cui all'art. 94 t.u. stup., rendendolo attualmente applicabile per più di due volte al medesimo prevenuto.

⁵⁴⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, ord. 9 maggio 2013, in *Dir. pen. cont.*, con nota di CUPELLI, *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale.*

modif. in l. n. 49/2006), in relazione all’art. 77, co. 2 Cost., nella parte in cui modificavano le disposizioni del t.u. stup. e, segnatamente, gli artt. 13, 14 e 73, uniformando il trattamento sanzionatorio delle condotte concernenti le droghe c.d. pesanti e leggere⁵⁴⁷.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato una notevole diversità di contenuti tra l’oggetto del decreto legge (d.l. n. 272/2005) e la legge di conversione (l. n. 49/2006)⁵⁴⁸.

Stante l’evidente mancanza di omogeneità tra i due testi normativi, la Corte ha ritenuto gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter* illegittimi: l’effetto più significativo è stato, come già si è accennato, la rimozione per intero dall’ordinamento dell’art. 73 t.u. stup., nella versione della legge Fini-Giovanardi, con la consequenziale “reviviscenza” dell’art. 73, nella versione Iervolino-Vassalli⁵⁴⁹.

Dal “particolare vizio di natura procedurale accertato”, consistente nella mancanza dei presupposti *ex art. 77, co. Cost.*, e dunque, a valle, nella “carezza di potere” delle Camere in sede di conversione, la Corte desume immediate conseguenze in ordine agli effetti abrogativi delle norme censurate, rilevando che “l’atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l’ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ La Corte ha ritenuto la questione fondata, dichiarando l’incostituzionalità per intero delle due disposizioni citate, per contrasto con l’art. 77, co. 2 Cost. Secondo la Corte, infatti, l’art. 77, co. 2 Cost. autorizzerebbe il legislatore ad avvalersi del particolare procedimento di appropriazione delle leggi di conversione solo quando tra il decreto legge e la legge di conversione esista un “nesso di interrelazione funzionale”: “È infatti l’esistenza di tale nesso che giustifica la specialità del procedimento di approvazione delle leggi di cui all’art. 77, co. 2 Cost.”, semplificato rispetto all’*iter* legislativo ordinario; nel caso in cui il Parlamento abusi di tale procedura, le disposizioni approvate devono considerarsi adottate in carezza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo e, perciò, costituzionalmente illegittime. Per un approfondimento, cfr., *ex multis*, DELLA BELLA-VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014, pp. 1 ss.; MANES-ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia, in *ivi*, pp. 23 marzo 2014, pp. 1 ss.

⁵⁴⁸ Il primo, infatti, conteneva, oltre alle disposizioni sul recupero dei condannati tossicodipendenti, anche norme inerenti le modalità di assunzione di personale presso la Polizia di Stato ovvero circa la funzionalità dell’Amministrazione civile, o, ancora, previsioni sui finanziamenti per le olimpiadi invernali “Torino 2006”; il secondo, invece, aveva ad oggetto previsioni, con cui si modificava in senso repressivo, la disciplina dei reati in materia di stupefacenti, incidendo sulla classificazione delle sostanze stupefacenti e, segnatamente, l’art. 73, unificando, verso l’alto, il trattamento sanzionatorio dei delitti concernenti le droghe pesanti e leggere, che prima, invece, risultava differenziato.

⁵⁴⁹ Come ha affermato la Corte, infatti, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità tornerebbero “a ricevere applicazione l’art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate”, in ragione del “particolare vizio procedurale accertato”.

⁵⁵⁰ All’inefficacia degli effetti abrogativi segue dunque – nell’impostazione seguita dai giudici, che assimilano il fenomeno a quello della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega –

Se il percorso argomentativo appare consolidato, e trova conforto in una recentissima pronuncia della Corte⁵⁵¹, la “reviviscenza” della norma previgente, in realtà, non sarebbe stato un esito così scontato: si è evidenziato, infatti, che l’effetto delle reviviscenza della disciplina si ponesse, a rigore, al di fuori dei tipici effetti vincolanti *erga omnes* delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, riconducibili solo alla perdita di efficacia della disposizione dichiarata incostituzionale, secondo le previsioni di cui agli artt. 136, co. 1 Cost. e 30 della legge n. 87/1953, con obbligo del giudice di non applicare le norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo della pubblicazione della sentenza (*ex art. 30, co. 3 della legge cit.*)⁵⁵².

(b) *La ricaduta degli effetti della declaratoria di incostituzionalità sul sistema.*

Accolta la premessa della reviviscenza della precedente disciplina, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale sono riconducibili a tre distinte categorie: (a) effetti sfavorevoli sul trattamento punitivo dei reati aventi ad oggetto droghe c.d. pesanti; (b) effetti favorevoli abolitivi di reato; (c) effetti favorevoli sul trattamento punitivo dei reati aventi ad oggetto droghe c.d. leggere.

la “reviviscenza” della precedente normativa, ipotesi eccezionale, giustificata dal fatto che il vizio ravvisato non attenesse al contenuto bensì alla stessa fonte, elidendone il contenuto normativo anche in relazione agli effetti abrogativi.

⁵⁵¹ Cfr. Corte cost., n. 5/2014, con nota di SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014.

⁵⁵² Secondo parte della dottrina, infatti, non sarebbe spettato alla Corte costituzionale disporre circa le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità, né tanto meno “gestire” gli effetti che ne conseguono, né estendendoli, né circoscrivendoli, perché essi sono invece fissati da disposizioni costituzionali e di legge ordinarie, suscettibili di comune interpretazione ad opera del giudice ordinario, il quale, in via interpretativa, verrebbe chiamato ad attribuire al caso concreto la norma più adeguata. Seguendo tale ragionamento, la reviviscenza dell’art. 73, nella versione applicabile prima della novella del 2006, rappresenterebbe una presa di posizione – autorevole – della Corte costituzionale, in ragione del fatto, che una decisione contraria avrebbe comportato un’abolizione di tutti i reati previsti dall’art. 73 t.u. stup., non essendo più applicabile né la normativa previgente, né quella attuale, perché abrogate, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, con gravi vuoti di tutela che avrebbero potuto essere colmati solamente da un’eventuale nuova norma incriminatrice, applicabile, però, esclusivamente per il futuro, in osservanza dei principi in tema di successione di leggi penali nel tempo (*ex artt. 2 e 25, co. 2 Cost.*), con diretta applicabilità dell’art. 673 c.p.p. e 30, co. 4 della legge n. 87/1953 in ordine alla revoca di tutti i giudicati di condanna: ragioni di opportunità politica ed il timore di generare, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, patenti vuoti di tutela in ordine alle fattispecie incriminatrici in materia di stupefacenti, ha condotto la Corte a prendere posizione contraria, richiamando gli obblighi di penalizzazione imposti dalla normativa dell’Unione europea (cfr. decisione quadro n. 2004/757/GAI), che lo Stato italiano sarebbe tenuto a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117 Cost.: in altri termini, “l’intervento della Corte, e la rimozione di un vizio di legittimità di una norma, non può generare – simultaneamente – un vizio di costituzionalità sul fronte (del rispetto) degli obblighi sovranazionali, violando principi altrettanto cogenti, e tanto più stringenti al cospetto di una normativa europea (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)”. Cfr. MANES-ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., p. 9.

Gli effetti sfavorevoli sono “riconducibili al minore limite edittale minimo previsto per la pena detentiva per i delitti aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti dalla norma incostituzionale rispetto a quella precedente (sei anni in luogo di otto di reclusione, mentre il massimo di venti anni è rimasto invariato: la pena pecuniaria può essere trascurata a questi fini perché le differenze sono minime)”⁵⁵³.

All'interno della seconda categoria, sebbene fortemente limitata dalla reviviscenza della precedente disciplina, si collocano gli *effetti favorevoli abolitivi di reato*: con tale espressione, si intende indicare il fenomeno dell'integrale abolizione della norma dichiarata incostituzionale, in ragione dell'assenza di una perfetta corrispondenza rispetto alla normativa previgente, tornata in vigore.

La problematicità di tale categoria di effetti consiste, tuttavia, nell'interpretazione che viene fornita alla norma dichiarata incostituzionale rispetto a quella previgente: si avrà infatti un'estensione della categoria laddove si evidenzino le differenze strutturali tra le norme e l'impossibilità di individuare tra di esse una continuità giuridica; si avrà, invece, una riduzione della categoria, laddove la norma dichiarata incostituzionale si consideri sostituita con quella previgente, superando di conseguenza le differenze testuali.

Dall'integrale abolizione della norma incostituzionale, segue sul piano dell'esecuzione la revoca del giudicato di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p. in relazione dell'art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953, atteso che il titolo in forza del quale si possa rimuovere il giudicato risiede interamente nell'effetto abolitivo della declaratoria di illegittimità costituzionale⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Cfr. DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna*, cit., p. 775.

⁵⁵⁴ Rientrano in tale categoria le seguenti ipotesi: (1) l'incriminazione delle condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione o di illecita detenzione di medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sez. A, in eccedenza rispetto al quantitativo prescritto o in assenza totale di prescrizione, prevista dall'art. 73, co. 1-bis, lett. b), nella versione dichiarata incostituzionale; (2) la previsione dell'art. 4-*vicies-ter* del d.l. n. 272/2005, introdotto per effetto della legge di conversione n. 49/2006, che ha modificato l'art. 13 ed interamente riscritto l'art. 14 t.u. stup., relativi al sistema di classificazione in tabelle, sostituendo le originarie sei tabelle con solo due tabelle (una per gli stupefacenti ed una per i medicinali), modificando anche il sistema procedurale di approvazione; effetto abolitivo integrale parzialmente evitato per effetto del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, con cui si è intervenuti nuovamente sulle tabelle, distinguendo tra droghe c.d. leggere e pesanti; (3) l'“uso di gruppo”, previsto come ipotesi penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 73, co. 1-*bis* lett a) t.u. stup., nella versione della norma dichiarata incostituzionale, assente, invece, nella previsione della norma precedente alla novella del 2006.

Con riguardo, invece, all'ulteriore categoria di *effetti favorevoli che non hanno comportato un'abolitio criminis*, bensì un trattamento punitivo più mite, si rinviene nelle previsioni relative alle droghe c.d. leggere, nella misura in cui si passa dalla cornice edittale da anni sei a venti di reclusione, alla versione della legge Iervolino, da anni due a sei di reclusione⁵⁵⁵.

(c) *Questioni di diritto transitorio: i processi in corso.*

Per l'intervallo temporale intercorrente dalla data di vigenza della legge Fini-Giovanardi fino al giorno prima della pubblicazione della sentenza n. 32/2014 (*id est*: 28 febbraio 2006 al 5 marzo 2014), la disciplina applicabile, per i fatti concomitanti, in corso di processo, è – per le droghe c.d. leggere – l'art. 73, nella versione della legge Iervolino-Vassalli, in quanto norma più favorevole, atteso che è prevista, oltre alla multa, la reclusione da due a sei anni, anziché la reclusione da sei a venti anni; oltre agli effetti favorevoli in termine di prescrizione (che si riduce da venti a sei anni o sette anni e mezzo, in caso di interruzione) e in relazione alla durata delle misure cautelari.

Per le droghe pesanti, onde evitare che la sentenza n. 32/2014 possa esplicitare effetti in *malam partem*, si ritiene che la norma applicabile sia l'art. 73, nella versione della legge Fini-Giovanardi, anche se dichiarata incostituzionale. Per le condotte poste in essere dal 6 marzo 2014 (ovverosia dal giorno dopo la pubblicazione in gazzetta ufficiale della pronuncia costituzionale) o per i fatti pregressi, anteriori al 28 febbraio 2006, prima, cioè, dell'entrata in vigore della legge Fini-Giovanardi, sarà, invece, applicabile unicamente l'art. 73 t.u. stup., nella versione della legge Iervolino-Vassalli⁵⁵⁶.

(c) (Segue) *Il giudicato.*

⁵⁵⁵ Cfr. DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna*, cit., p. 775.

⁵⁵⁶ Ulteriore ipotesi, prospettata da Della Bella – concerne l'individuazione della sanzione più grave e, quindi, dell'aumento di pena, in caso di continuazione tra reati per droghe sia pesanti sia leggere: sul punto, è intervenuta la quarta sezione della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 13903, 28 febbraio 2014, con i giudici di legittimità affrontano la questione, applicando la sentenza della Corte costituzionale, in una data anteriore alla sua pubblicazione (*id est*: 5 marzo 2014), condividendo l'impostazione per cui, a fronte di una situazione di legalità, si fa coincidere il requisito della pubblicità legale (*id est*: giorno successivo alla pubblicazione in gazzetta ufficiale) con il concetto di "pubblicità processuale", determinato, invece, dal deposito della sentenza ovvero dalla pubblicazione del comunicato stampa ufficiale, in cui si avvisa dell'intervenuta decisione in camera di consiglio. Secondo le indicazioni date dalla Corte, in caso di rideterminazione della pena per la continuazione, si dovranno diversificare gli aumenti di pena a seconda del tipo di sostanza e, quindi, l'art. 73 t.u. stup., nella versione della legge Iervolino-Vassalli per le droghe c.d. leggere e l'art. 73 t.u. stup., nella versione della legge Fini-Giovanardi per le droghe c.d. pesanti. Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 57-58.

Si rinvia integralmente alla trattazione successiva, da § 2.9.1 in poi.

(d) *Effetti della sentenza sulle norme successive.*

L'indagine si concentra sulle disposizioni del co. 5 (ex d. l. n. 146/2013, conv. in l. 19/2014) e co. 5-ter (ex d.l. n. 78/2013, conv. con modif. in l. 94/2013) dell'art. 73 t.u. stup., in quanto introdotte successivamente alle norme dichiarate incostituzionali. In particolar modo, con riguardo al co. 5 dell'art. 73, il *punctum dolens* riguardava l'individuazione dell'esatta portata della disposizione, riscritta dal Governo della novella quale fattispecie autonoma di reato, diversamente da quanto era previsto nella normativa previgente, costruita, infatti, quale mera circostanza attenuante.

La qualificazione della disposizione in una direzione piuttosto che nell'altra non è questione di poco conto in relazione all'individuazione della disciplina normativa più favorevole da applicare al caso concreto. Dalla Relazione di accompagnamento al disegno di legge⁵⁵⁷, nonché dalle prime pronunce della Corte di Cassazione⁵⁵⁸ chiamate a pronunciarsi in merito alla natura giuridica del co. 5, emerge chiaramente il riconoscimento di un'intervenuta riscrittura della disposizione citata in termini di autonoma figura di reato.

In ragione di tale evoluzione normativa, le norme astrattamente applicabili sono tre: (a) l'art. 73, co. 5 t.u. stup., così come riformulato dal d.l. n. 146/2013, non modificato in sede di conversione ed entrato in vigore il 24 dicembre 2013: in base a tale disposizione, i fatti di lieve entità vengono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni e costituiscono fattispecie autonoma di reato, con ciò che ne segue sul piano della pena, prescrizione, bilanciamento di circostanze e delle misure cautelari;

(b) l'art. 73, co. 5 t.u. stup., nella versione della legge Fini-Giovanardi (d.l. 272/2005, conv. in l. 49/2006), in vigore dal 28 febbraio 2006 fino al 24 dicembre 2013, rimosso, però, *ex tunc*, per effetto della pronuncia costituzionale n. 32/2014: in base a tale disposizione, il fatto di lieve entità si configura come una circostanza attenuante ed è punita con la reclusione da uno a sei anni;

⁵⁵⁷ Cfr. Relazione di accompagnamento al d.l. n. 146/2013, consultabile sul sito ufficiale della Camera dei deputati. Per un approfondimento, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 57-58.

⁵⁵⁸ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 aprile 2014, n. 20225; Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514; Cass. pen., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 11110; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 5143; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2014, n. 9892; Cass. pen., sez. IV, 24 aprile 2014, n. 20225; Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13093.

(c) l'art. 73, co. 5 t.u. stup., nella versione della legge Iervolino-Vassalli, ripristinato per effetto della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, è da considerarsi quindi vigente dal 2006 al 23 dicembre 2013: in base a tale disposizione, il fatto di lieve entità è punito per i reati inerenti le droghe c.d. pesanti, con la reclusione da uno a sei anni; al co. 4, per i reati inerenti le droghe c.d. leggere, con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Date le tre norme potenzialmente applicabili, occorre verificare quale sia la norma concretamente comminabile, in base a tre diverse situazioni temporali:

(a) fatto commesso dopo il 24 dicembre 2013;

(b) fatto commesso prima del 24 dicembre 2013, in vigenza della legge Fini-Giovanardi e deciso dopo la pronuncia della Corte costituzionale, nel caso in cui il processo sia ancora in corso;

(c) fatto commesso prima del 24 dicembre 2014, in caso di sentenza di condanna definitiva e, quindi, di esecuzione di pena detentiva in atto.

Con riferimento alle ipotesi *sub* (a), pur trovando una risposta agevole in ordine all'applicabilità del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., così come riformulato dal d.l. n. 146/2013, la dottrina si è chiesta se la soluzione adottata dal legislatore nel riformulare la disposizione in esame fosse conforme al parametro di legittimità costituzionale di cui all'art. 3 Cost., nella misura in cui tale previsione si collochi all'interno di una disciplina che ha – per effetto della declaratoria di illegittimità – ripristinato la distinzione sanzionatoria tra le droghe c.d. pesanti e leggere, aspetto, invece, tralasciato dalla norma, con unificazione del trattamento punitivo per tutti i fatti di lieve entità, a prescindere dalla sostanza stupefacente⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 57-58; questione poi ripresa e sottoposta alla Corte costituzionale, con ord. 5 febbraio 2015, del Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria. Questione analoga era già stata sollevata dal Tribunale di Nola, con ord. 8 maggio 2014: in tale occasione, tuttavia, la Corte si era limitata a disporre la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché rivalutasse il caso concreto alla luce del d.l. n. 36/2014, conv. con modif. dalle legge n. 79/2014. Cfr. ROMANO, *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di "spaccio" di lieve entità*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2014. Criticità affrontate nella recente sentenza della Corte costituzionale, n. 23, del 13 gennaio 2016 con cui era stata sollevata questione di illegittimità costituzionale del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., così come novellato, nella parte in cui non distingue il trattamento sanzionatorio tra le droghe c.d. pesanti e leggere: nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria argomenta il contrasto del trattamento sanzionatorio unificato di cui all'art. 73, co. 5 t.u. stup. in relazione all'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo dell' "irragionevolezza estrinseca" di una disciplina che prevede una distinzione sanzionatoria tra droghe c.d. pesanti e leggere solo per i fatti di non lieve entità e non anche per quelli di entità lieve e della "disomogeneità intrinseca" di tale parificazione sanzionatoria a fronte di un "diverso spessore dell'interesse tutelato"; nonché in

Con riguardo, invece, all'ipotesi *sub* (b), occorre distinguere che il fatto inerisca a droghe c.d. pesanti o leggere: nel primo caso, la norma più favorevole sarà rappresentata dal nuovo co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., in ragione del massimo edittale della pena pari a cinque anni e, quindi, inferiore rispetto alla misura massima delle pena comminabile nelle altre due formulazioni; mentre, nel secondo caso, il discrimen sarà rappresentato dalla presenza o meno di circostanze aggravanti, propendendo per la previsione del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., nella versione Iervolino-Vassalli (e, quindi, quale circostanza attenuanti) nel caso di assenza di aggravanti, per la nuova formulazione (quale reato autonomo), nel caso contrario. In relazione, infine, alle ipotesi di sentenze di condanna definitive, attesa l'impossibilità di ricorrere alla nuova formulazione del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., *ex art. 2, co. 4 c.p.*, quale disciplina

relazione all'art. 27, co. 3 Cost., con riguardo al profilo della mancata efficacia rieducativa di una pena irragionevole e sproporzionata sia dell'art. 117, co. 1 Cost. in relazione alle linee guida in materia di stupefacenti tratteggiate dalla decisione quadro n. 2004/757/GAI, nonché in relazione al principio di proporzione di cui all'art. 49, co. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte, disattendendo le aspettative della dottrina, nonché della giurisprudenza che auspicavano un intervento risolutivo sul trattamento sanzionatorio differenziato per l'intero art. 73 t.u. stup., dichiara inammissibile la questione sollevata, in quanto il preteso intervento additivo in materia penale, in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, interferirebbe nella sfera di politica sanzionatoria riservata al legislatore e, pertanto, violerebbe il principio di separazione dei poteri. I giudici costituzionali, inoltre, motivano la propria posizione anche in ordine alla non irragionevolezza della disposizione del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup.: con riguardo al profilo della “irragionevolezza estrinseca”, l'esigenza di mantenere una simmetria sanzionatoria tra i fatti di lieve entità e quelli non lievi sarebbe venuta meno con la riformulazione della fattispecie quale reato autonomo, giustificando in tal modo una previsione punitiva diversa dagli altri commi della medesima norma; con riferimento, invece, al profilo circa “la ragionevolezza intrinseca”, tale dubbio risulta ampiamente superato, nella misura in cui si riconosce al giudice un ampio “margine di valutazione sufficientemente ampio da permettergli di graduare proporzionalmente la pena anche in ragione della natura della sostanza”. Nessuna criticità, altresì, nei confronti dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione alla decisione quadro europea n. 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea, né in relazione al principio di proporzione della pena, di cui all'art. 49, co. 3 della Carte di diritti fondamentali dell'Unione. Cfr. Corte cost., 13 gennaio 2016, n. 23, con nota di BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo. Per ulteriore completezza del quadro, si ricorda come sia attualmente pendente presso la Corte costituzionale il vaglio della compatibilità dell'art. 75-bis t.u. stup. con i principi costituzionali. In sintesi, i dubbi sollevati dalla sesta sezione della Cassazione, con ord. 17 giugno 2015, ricalcano le questioni già sollevate e poste alla base dell'ordinanza di rimessione con riguardo all'art. 73 t.u. stup.: in particolare, si è contestata la legittimità costituzionale dell'art. 75-bis t.u. stup., per come inserito dagli artt. 4-bis e 4-vicies-ter [comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6)] del d.l. n. 272 del 2005, introdotti in sede di conversione dalla legge n. 49 del 2006, già dichiarati incostituzionali nelle sentenze in commento n. 32/2014: l'illegittimità costituzionale viene rilevata in relazione all'art. 77, co. 2 Cost. sia in ordine all'estraneità dell'art. 75-bis t.u. stup. rispetto all'oggetto e ratio del contenuto del d.l. n. 2772 del 2005 sia, in via subordinata, all'essenza del requisito della necessità ed urgenza a giustificare l'inserimento di tale disposizione nella struttura di un decreto-legge. Cfr. ROMANO, *L'art. 75-bis del d.P.R. n. 309 del 1990 al vaglio della Corte costituzionale: ovvero della neve e della droga insieme*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2015; questione sottoposta nuovamente all'attenzione della Corte costituzionale, per opera dell'ordinanza di rimessione del 14 dicembre 2015 del giudice di pace di Chioggia, consultabile in *Dir. pen. cont.*, con nota di ROMANO, *Ancora dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 75-bis d.P.R. n. 309 del 1990*, 28 aprile 2016.

successiva più favorevole, in ragione dell'intervento del giudicato, l'unica possibilità era data dalla possibilità di rideterminare la pena ad opera del giudice dell'esecuzione in base alla versione più favorevole della legge Iervolino-Vassalli: sulla percorribilità di tale via, si tornerà ampiamente, nel corso dei prossimi paragrafi⁵⁶⁰.

3.14.1. Ricadute sull'esecuzione della pena: il punto di vista della giurisprudenza di merito.

Ricostruito il quadro in questi termini, è evidente come la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ripropose gli stessi quesiti su cui la giurisprudenza di merito si interrogava *post* sentenza costituzionale n. 249 del 2010, in relazione alla declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante comune n. 61 n. 11-*bis* c.p., imponendo, da una parte, la ricerca di una soluzione nell'immediato per ripristinare una situazione di legalità al caso concreto ed esigendo, dall'altra, il superamento dei contrasti giurisprudenziali maturatisi in precedenza, per il ripensamento complessivo del ruolo del giudice dell'esecuzione e delle dinamiche circa la rideterminazione della pena "illegale" in espiazione di pena.

Gli interrogativi a cui la giurisprudenza di merito si è vista chiamata a rispondere, nell'immediato della pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32/2014, possono essere riassunti sotto tre profili:

(a) circa l'*an* dell'ammissibilità dell'intervento del giudice dell'esecuzione sulla rideterminazione della pena in concreto;

⁵⁶⁰ Con riguardo, invece, al co. 5-*ter* dell'art. 73 t.u. stup., si osserva come tale disposizione, introdotta dal legislatore con un evidente fine deflativo, prevedeva un ampliamento dell'applicabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i condannati tossicodipendenti o assuntori abituali, anche per reati diversi da quelli di cui al c. 5, purchè commessi in relazione alla condizione di tossicodipendenza, puniti con la pena della reclusione non superiore ad un anno (con la sola esclusione per i delitti di cui all'art. 497, co. 2, lett a), c.p.p. e i reati contro la persona): al di là dei limiti applicativi di più ampia portata, la disciplina applicabile rimane quella di cui al co. 5-*bis* dell'art. 73 t.u. stup., che è stata travolta dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. *Nulla quaestio* circa le sorti del co. 5-*bis*, atteso che, trattandosi di una disposizione introdotta *ex novo* dalla legge Fini-Giovanardi, non implicante la reviviscenza, quindi, della normativa previgente, è stata abolita integralmente per effetto della pronuncia costituzionale: le criticità sorgono nel momento in cui si riflette intorno alla tenuta del co. 5-*ter*, tra un'ipotesi di abolizione a cascata, per effetto della rimozione del co. 5-*bis* ovvero di un'ipotetica autonoma sopravvivenza. Orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza propende per l'estensione dell'effetto abolitivo del co. 5-*bis* anche sul seguente co. 5-*ter*, con l'applicabilità residua della sanzione sostitutiva unicamente per chi ha commesso il fatto tra l'entrata in vigore del d.l. n. 78/2013 e la pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32/2014, a partire dalla quale, invece, il beneficio risulta precluso.

(b) circa lo strumento processuale utilizzabile, in particolar modo, in relazione all'applicabilità dell'art. 670 c.p.p. ovvero al ricorso all'art. 673 c.p.p.;

(b¹) circa la possibilità che il giudice dell'esecuzione, in sede di rideterminazione della pena, laddove siano integrati i limiti edittali di cui all'art. 163 c.p., disponga la sospensione condizionale della pena e, se sì, in base a quale strumento giuridico;

(c) circa il criterio percorribile dal giudice in punto di rideterminazione della pena in ordine alla praticabilità in esecuzione dei criteri di commisurazione della pena ex artt. 132 e 133 c.p.;

(c¹) circa l'applicabilità in via analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p. alla sentenza di “patteggiamento”.

Con riguardo al primo profilo dell'*an*, nella fase immediatamente successiva alla pronuncia costituzionale, si registra una disparità di orientamenti giurisprudenziali, tra decisioni che argomentano per la praticabilità, in tutti i casi, di un intervento modificativo del giudicato, altre decisioni interlocutorie (di rinvio della decisione ad un'udienza successiva alla pubblicazione delle Sezioni Unite *Gatto*) ovvero di inammissibilità e/o di rigetto ovvero ancora di ammissibilità e/o di accoglimento, ma solo nelle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione fosse partito da una pena base superiore al limite edittale di sei anni di reclusione (corrispondente all'attuale pena massima comminabile), atteso che solamente in tali situazioni si poteva parlare di pena “illegale”⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Un'esemplificazione dell'incertezza applicativa si rinviene nell'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Trento (dott. Ancona), in un caso di sentenza di patteggiamento ad anni due di reclusione per detenzione di circa 800 gr di hashish in continuazione con un reato di lesioni dolose, pena determinata partendo da una pena base di sei anni (ridotta per l'effetto del riconoscimento di due attenuanti, con l'aumento per la continuazione): interpellato il Pubblico Ministero circa la possibilità di addivenire ad una rideterminazione della pena, in applicazione analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p.: in ragione del diniego prospettato dalla pubblica accusa, il giudice optava per la dichiarazione di inammissibilità della richiesta *de plano*, ex art. 666, co. 2 c.p.p., limitandosi a rilevare come la pena risultasse legale, anche in aderenza al regime punitivo più favorevole e, pertanto, l'eccezione dell'intervenuta *res iudicata* andava accolta. Cfr. GIP di Trento, ord. 13 marzo 2014, giud. Ancona. Per un commento più approfondito, cfr. DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, p. 777 ss. Alle medesime conclusioni giunge anche il GIP di Rovereto, (dott. Izzo), il quale chiamato a decidere in merito alla praticabilità della rideterminazione della pena di una sentenza di patteggiamento alla pena di anni tre e mesi due di reclusione, pena complessiva determinata partendo da una pena base di anni sei di reclusione, procede alla dichiarazione di inammissibilità della richiesta del prevenuto, atteso che nel caso in esame difettasse il requisito dell'illegalità della pena, configurabile solamente laddove la pena base fosse stata superiore a sei anni di reclusione. Cfr. GIP di Rovereto, ord. 12 maggio 2014, giud. Izzo. Diametralmente opposta è, invece, la soluzione adottata dal Tribunale di Torino, con ord. 16

Con riguardo al secondo profilo, le differenti soluzioni giurisprudenziali (tra l'applicazione dell'art. 670 o 673 c.p.p.) ruotavano attorno alla questione della concedibilità della sospensione condizionale della pena in esecuzione, a seguito della rideterminazione della pena al di sotto dei limiti edittali previsti ai sensi dell'art. 163 c.p.: una parte della giurisprudenza giustificava la praticabilità della soluzione positiva, in ragione dell'art. 670 c.p.p. (*id est*: Sezioni Unite *Ercolano*); un orientamento minoritario contestava, invece, tale soluzione, sostenendo come il ricorso all'art. 670 c.p.p. implicasse, in realtà, un'applicazione mascherata dell'art. 673 c.p.p., nella misura in cui di fatto il giudice dell'esecuzione concedeva il beneficio, quale provvedimento conseguente alla rimozione della parte di pena inficiata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale e, pertanto, riproduceva sostanzialmente lo schema applicativo dell'art. 673 c.p.p. in termini di revoca e attuazione di provvedimenti consequenziali⁵⁶².

Secondo tale ultima prospettiva, la soluzione sarebbe rinvenibile direttamente nell'art. 673 c.p.p., disposizione trasversale applicabile alle molteplici ipotesi di antinomia normativa⁵⁶³.

Come è noto, infatti, l'art. 673 c.p.p. è stato oggetto di una progressiva applicazione estensiva ad opera della Corte costituzionale, la quale, con la pronuncia n. 96/1996, pur rigettando la questione di illegittimità costituzionale sollevata in merito alla possibilità di revocare parzialmente il giudicato in caso di *abolitio criminis* di un solo reato tra quelli oggetto della condanna definitiva, riteneva ammissibile l'intervento del giudice dell'esecuzione, atteso che una volta revocata integralmente la sentenza,

settembre 2014 (dott. Arata), con cui si argomentava l'ammissibilità di un intervento *in tutti i casi*, anche in quelli in cui la determinazione della pena fosse stata compiuta, partendo da una pena base di anni sei di reclusione, pari al massimo edittale attualmente applicabile: alle medesime conclusioni giungeva anche il Tribunale di Treviso, asserendo che "ciò che è incostituzionale non è tanto (o solo) la pena superiore al limite edittale di anni sei di reclusione quanto la pena stessa, in forza della dichiarazione di illegittimità costituzionale che, travolgendo i reati di cui all'art. 73 t.u. stup. e comportando la "reviviscenza" della precedente versione normativa, preclude al giudice il ricorso alla normativa dichiarata incostituzionale in punto di commisurazione della pena, anche se la pena comminata in concreto rientri nei limiti edittali applicabili. Cfr. Tribunale di Torino, ord. 16 settembre 2014, giud. Arata; Tribunale di Treviso, ord. 18 giugno 2014, giud. Vettorazzo.

⁵⁶² Per il vero poco battuta da parte delle Sezioni Unite sino al procedimento *Marcon* del 26 febbraio 2015, n. 37107.

⁵⁶³ Ricostruzione a cui si ritiene di aderire. Cfr. DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, cit., pp. 1345-46.

sarebbe spettato a quest'ultimo il compito di “pervenire ad adottare una nuova statuizione in sede esecutiva da sovrapporre al giudicato di cognizione”⁵⁶⁴.

Il potere di rideterminare la pena da parte del giudice dell'esecuzione, con riferimento ai capi della sentenza non oggetto di *abolitio criminis*, veniva pertanto ricompreso nell'art. 673 c.p.p., nell'ambito dei provvedimenti conseguenti alla revoca del giudicato⁵⁶⁵. Posizione avallata anche dalle Sezioni Unite, con la pronuncia del 20 dicembre 2005, n. 4678, in cui si afferma che l'art. 673 c.p.p. implica l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di adottare tutte le misure occorrenti per la totale rimozione degli effetti penali della condanna: la concessione della sospensione condizionale della pena, quale provvedimento consequenziale all'art. 673 c.p.p., rappresenta quindi un'integrazione legittima del titolo esecutivo, a cui si perviene, non tanto per il tramite di una sua applicazione analogica, quanto per la “valorizzazione dei provvedimenti conseguenti”, che implicano un autonomo procedimento discrezionale di valutazione del giudice dell'esecuzione alle statuizioni del giudice della cognizione.

Se, infatti, la verifica della sussistenza dei presupposti formali della sospensione condizionale della pena discende in via automatica dalla revoca della parte di sentenza ostativa, la prognosi favorevole sul futuro comportamento del condannato implica, invece, una rivalutazione degli stessi indici fattuali di commisurazione della pena, già esaminati in sede di cognizione: “Nulla esclude”, infatti, “che il giudice (di esecuzione) formuli una prognosi negativa sulla base della gravità dei reati oggetto di condanna, sui motivi a delinquere, sull'intensità del dolo e così via”⁵⁶⁶.

L'ammissibilità della concessione della sospensione condizionale della pena, quale provvedimento conseguente alle ipotesi dell'art. 673 c.p.p., dovrebbe essere quindi valorizzato in relazione, alla regola generale, dell'art. 671, co. 3 c.p.p. (che prescrive l'ammissibilità del beneficio in esecuzione), superando l'impostazione tradizionale che vede nell'art. 671 c.p.p. una norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica: il superamento di tale orientamento consente di garantire

⁵⁶⁴ Cfr. Corte cost., 6 marzo 1996, n. 96.

⁵⁶⁵ Potere, peraltro, rilevante, nella misura in cui il reato abolito fosse la fattispecie più grave, con conseguente riemersione del reato satellite: la rideterminazione della pena dovrà necessariamente essere effettuata in via autonoma dal giudice dell'esecuzione, con il ricorso ai criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p.p., con una rivalutazione anche del merito, senza però poter incidere nuovamente sull'accertamento della responsabilità del condannato.

⁵⁶⁶ Cfr. DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, cit., pp. 1333-1335.

un'applicazione in fase esecutiva della sospensione condizionale della pena, anche nei casi peculiari, discendenti dalla revoca di una parte della sentenza di condanna inficiata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale⁵⁶⁷.

Le trasversalità della portata applicativa dell'art. 673 c.p.p. consentirebbe di superare le obiezioni avanzate da una parte della dottrina, nella parte in cui si rileva un uso distorto della norma, al fuori di un'interpretazione analogica, con risvolti creativi in ordine all'applicazione di effetti giuridici non previsti (*id est*: rimozione parziale del giudicato) ad un'ipotesi non contemplata espressamente dal legislatore (*id est*: dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice): tale tesi sarebbe, in realtà, agilmente confutabile, valorizzando il concetto di *revoca parziale* della condanna, nei casi in cui sia individuabile una porzione di pena riferibile alla norma dichiarata incostituzionale, “come ad esempio avviene con riferimento alla dichiarazione di illegittimità dell'aggravante della clandestinità, perché è sufficiente eliminare l'aumento di pena riconosciuto in sentenza in relazione all'aggravante illegittima”⁵⁶⁸. Nei casi in cui, invece, non sia possibile procedere all'identificazione della porzione di pena direttamente riconducibile alla norma dichiarata illegittima, si potrebbe sempre ricorrere al criterio generale stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 96/1996, con la *revoca integrale* della sentenza di condanna e contestuale rideterminazione della pena ad opera del giudice dell'esecuzione.

Con riguardo alla terza questione, ovvero sia l'individuazione delle modalità concrete con cui il giudice dell'esecuzione è chiamato a rideterminare la pena, si stagliano due orientamenti contrapposti: il primo si richiama al criterio matematico-proporzionale; il secondo avallato anche dalle Sezioni Unite *Gatto* e successive pronunce consiste nel riconoscimento di un nuovo ed autonomo potere discrezionale di ri-commisurazione della pena, sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p.

Il primo criterio, matematico-proporzionale, si rinviene nell'*iter* argomentativo posto alla base dell'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Bologna, del 27 maggio 2014, (dott. Giangiacomo), giustificato dall'esigenza di preservare il giudicato rispetto ad arbitrarie diminuzioni di pena: in realtà, l'applicazione di tali criteri in esecuzione,

⁵⁶⁷ Tesi sostenuta da Gambardella ed esposta ampiamente, *supra*, p. 54. Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 132 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, cit., pp. 1346-56.

comporta un eccessivo livellamento verso il basso dei limiti edittali (*id est*: dal minimo edittale di sei anni di reclusione, al minimo di due anni applicabile), pervenendo a pene, che, in concreto, “mai gli interessati avrebbero potuto aspirare qualora fossero stati giudicati dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 per gli stessi fatti”⁵⁶⁹.

La valorizzazione degli indici fattuali di cui all’art. 133 c.p. viene invece posta alla base dall’indirizzo opposto, secondo cui, una volta riconosciuta la necessità che il giudice dell’esecuzione debba provvedere alla rideterminazione della pena per ricondurla a legalità, occorre che costui possa operare in base ad un autonomo potere discrezionale: secondo il GIP presso il Tribunale di Pisa (ord. del 15 giugno 2014 – dott. Ubiali), la pena congrua “non può essere riferita al minimo edittale attualmente applicabile, soltanto perché il giudice della cognizione aveva in tal modo quantificato la pena base”, perché “era stato inflitto il minimo allora vigente anche tenendosi in considerazione il tipo di sostanza stupefacente e, quindi, la minore gravità”, del fatto rispetto ai casi ad oggetto droghe c.d. pesanti⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ In tutti i casi in cui, infatti, la pena irrogata in sentenza fosse stata determinata da una pena base di sei anni di reclusione, applicando rigorosamente il criterio matematico-proporzionale, il giudice dell’esecuzione avrebbe dovuto procedere alla rideterminazione della pena partendo dall’attuale minimo edittale pari a due anni di reclusione: “In concreto il criterio automatico, se inteso in senso rigoroso, impone un preciso calcolo matematico, invero non sempre agevole, in base al quale la pena base viene determinata in funzione della medesima proporzione ritenuta in sentenza rispetto ai limiti edittali in vigore al momento della decisione, limitandosi ad adeguarla ai nuovi e più favorevoli limiti edittali”: esemplificando, “si propone uno sconto grosso modo di 2/3”. A tale indirizzo aderisce parzialmente, il GIP di Perugia, nell’ordinanza dell’11 giugno 2014 (dott. Semeraro), decidendo nell’ambito di un caso di trasporto di illecita detenzione di ben 28 kg di marijuana, fatto per il quale era stata applicata, con sentenza di patteggiamento, una pena di anni tre e mesi quattro di reclusione, partendo da una pena base di anni sette, ridotta ad anni cinque per le generiche e per il rito. In motivazione, il giudice, pur muovendo dalla premessa che: “la riduzione, da parte del giudice dell’esecuzione, di 2/3 della pena applicata/inflitta dal giudice di merito, in base alla legge del 2006 dichiarata incostituzionale, riporta, da un lato, la pena nella cornice edittale del d.P.R. n. 309/1990 nella versione ante 2006, e, dall’altro, elimina quell’aumento di pena dichiarato incostituzionale”, specificando che tale criterio “rispetta, inoltre, la proporzionalità della pena già fissata dal giudice del merito sia quanto alla pena sia quanto ai successivi passaggi relativi alla diminuzione per le circostanze attenuanti generiche”; si discosta quindi nel caso concreto da una quantificazione della rideterminazione della pena puramente matematica, operando una diminuzione di pena più contenuta, in ragione “della significativa gravità del reato”.

⁵⁷⁰ Cfr. GIP di Pisa, ord. 15 giugno 2014, giud. Ubiali. La problematicità dell’individuazione del criterio di rideterminazione della pena in esecuzione emerge con tutta la sua evidenza in relazione alla possibilità per il giudice dell’esecuzione di incidere sulla pena concordata tra le parti, oggetto di una sentenza di patteggiamento; questione, peraltro, risolta positivamente con la coppia di sentenze delle Sezioni Unite *Jazouli e Marcon*, entrambe del 26 febbraio 2015. Una parte della giurisprudenza di merito, chiamata in prima battuta, a risolvere casi analoghi, si mostra immediatamente favorevole alla rimodulazione dell’accordo processuale alla base del patteggiamento: il Tribunale di Torino, con ord. già citata sopra, riduce la pena di anni due, mesi otto e giorni quattordici di reclusione con sentenza di patteggiamento per la detenzione di 206 gr di hashish ad anni uno e mesi dieci di reclusione, sulla base di un rinnovato accordo tra difesa ed accusa congruente coi nuovi e più favorevoli limiti edittali. Tale pronuncia viene salutata con favore per l’applicazione in via analogica dell’art. 188 disp. att. c.p.p. (in materia di riconoscimento del vincolo della continuazione o del concorso formale in caso di più sentenze

3.14.2. *L'approdo delle Sezioni Unite Gatto.*

La *querelle* giurisprudenziale sin qui esposta, trova una compiuta disamina nelle Sezioni Unite *Gatto*⁵⁷¹, in cui si è pervenuti ad affermare che la porzione di pena inflitta sulla base di disposizione censurata dalla Corte costituzionale, ove sia ancora in corso di espiatione, deve essere rideterminata dal giudice dell'esecuzione, e che quest'ultimo, al fine di eseguire detta rimodulazione, è legittimato a compiere tutte le valutazioni "discrezionali" necessarie, fermi restando i limiti derivanti tanto dalla sentenza di cognizione, quanto i principi posti dall'art. 2 c.p., con conseguente preclusione dell'applicabilità di norme più favorevoli eventualmente approvate "medio tempore" dal legislatore dopo l'intervenuta irrevocabilità⁵⁷².

Ripercorrendo gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità formati a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 249 del 2010, di cui si è già ampiamente argomentato sopra, i giudici di legittimità prendono espressamente

di patteggiamento): secondo una parte della dottrina, il ricorso a tale strumento normativo consente di superare l'impostazione tradizionale per cui le norme in materia di continuazione (*id est*: art. 671 c.p.p. rispetto all'art. 673 c.p.p.) siano insuscettibili di applicazione analogica, attesa la loro natura strettamente eccezionale; dall'altra, però si evidenzia che la norma in esame sarebbe strettamente legata alla logica della continuazione in rapporto alla sentenza di patteggiamento, funzionale all'esigenza che la pena complessiva, in caso di rideterminazione, rispetti i limiti di due o cinque anni di pena detentiva massima previsti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.: non sarebbe, quindi, una norma concepita a preservare l'accordo ed il ruolo preminente della volontà delle parti nella determinazione della pena, che, come è noto, può anche mancare, ai sensi dell'art. 137 disp. att. c.p.p. (in caso di continuazione tra sentenze di patteggiamento e condanne ordinarie). La preoccupazione di fondo ruota intorno al ruolo del dissenso e/o dell'inattività nella riproposizione dell'accordo da parte del Pubblico Ministero, con il concreto rischio che in tal caso la pena illegale verrebbe stata mantenuta, a scapito delle istanze garantistiche del condannato. Questione risolta, da ultimo, con le Sezioni Unite *Marcon*, per cui, come si vedrà, si attribuisce al giudice dell'esecuzione un potere di sindacare la congruità del nuovo accordo processuale, accogliendolo o respingendolo, con la possibilità di integrare autonomamente la rideterminazione della pena in base agli artt. 132 e 133 c.p.

⁵⁷¹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858. Per un approfondimento bibliografico, cfr. RUGGERI S., *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Riv. trim. dir. pen.*, n. 1/2015, p. 1 ss.; ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014; ID., *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice": metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?*, *ivi*, 24 febbraio 2014; RICCARDI, *Giudicato penale e 'incostituzionalità' della pena*, *ivi*, 26 maggio 2015.

⁵⁷² L'occasione viene offerta da una vicenda avente ad oggetto la richiesta di rideterminazione della pena in relazione ad una fattispecie di detenzione illecita di sostanza stupefacente, per la quale il giudice della cognizione aveva ritenuto equivalenti l'attenuante del fatto di lieve entità e la recidiva reiterata specifica. Nella concreta regiudicanda, infatti, il giudizio di equivalenza costituiva il risultato dell'applicazione del divieto di riconoscere prevalenza all'attenuante di cui all'art. 73, co. 5 t.u. stup., sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4 c.p., fissato dall'art. 69, co. 4 c.p., come sost. dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251; divieto di prevalenza che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, era stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012.

posizione in favore dell’orientamento che sostiene la percorribilità di un intervento del giudice dell’esecuzione sul giudicato. Seguendo l’*iter* argomentativo, è possibile individuare quattro snodi concettuali:

(a) *La declaratoria di illegittimità costituzionale quale fenomeno distinto dagli altri casi abolitivi.*

La Corte si sofferma, in prima analisi, sulla corretta delimitazione del fenomeno della declaratoria di illegittimità costituzionale, al fine di superare l’impostazione tradizionale che escludeva, dal raggio di operatività dell’art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953, le ipotesi di annullamento di norme non incriminatrici: tale conclusione risulterebbe, infatti, “fondata sull’erronea parificazione tra il fenomeno della successione di leggi nel tempo [...] e quello derivante dalla declaratoria di illegittimità costituzionale”⁵⁷³. Le Sezioni Unite sottolineano, altresì, che il principio della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale riceve, in materia penale, “una portata ben maggiore”, per effetto del disposto dell’art. 30, co. 4, della legge cit., che “costituisce attuazione del principio di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.” e si riferisce anche alle norme “che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta”⁵⁷⁴.

(b) *Il superamento del giudicato penale.*

Per suffragare la tesi esposta, la Corte sviluppa le proprie argomentazioni intorno al ripensamento della *nozione di giudicato penale*.

L’analisi muove da una premessa di tipo sostanziale: “La Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all’*intangibilità del giudicato* quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale”. La conseguenza è la seguente: la forza della “cosa giudicata” in ambito penale, se “nasce dall’ovvia necessità di certezza e stabilità giuridica e della stessa funzione del giudizio, deriva soprattutto dall’esigenza di porre un limite all’intervento dello Stato nella sfera individuale e si

⁵⁷³ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 10.

⁵⁷⁴ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 12.

esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*, al fine di impedire la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona”⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Tale accezione del giudicato penale rappresenta il risultato di un lungo processo di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: secondo i giudici, tale ripensamento concettuale sarebbe derivato dalle sollecitazioni della dottrina, attenta a sottolineare il “forte legame tra il problema dei limiti del giudicato ed organizzazione democratica dello Stato”, e sarebbe emerso, altresì, nelle riforme legislative in tema di ampliamento dei casi di revisione (*id est*: legge 14 maggio 1961, n. 481), nonché nell’ambito applicativo del reato continuato (*id est*: art. 8 del decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, conv. con modif., dalla legge 7 giugno 1974, n. 220). Un ruolo decisivo è stato inoltre rivestito dalla giurisprudenza di legittimità, con la sentenza delle Sezioni Unite, 21 giugno 1986, n. 7682, nel procedimento Nicolini: con tale decisione, si affermò che, nel reato continuato, la pena complessiva doveva essere determinata sulla base di quella da infliggersi per il reato più grave, anche se per quest’ultimo il giudizio è ancora in corso, mentre per il reato già giudicato, in quanto meno grave, fosse possibile rideterminare la sanzione, in modo da apportare un aumento nei termini ritenuti equi; veniva così ribaltato il consolidato orientamento secondo cui, in caso di sentenza irrevocabile di condanna per un reato meno grave rispetto a quello sottoposto all’esame del giudice, l’applicazione dell’istituto della continuazione doveva ritenersi precluso proprio dal principio di intangibilità del giudicato, in quanto inibente qualsiasi modifica delle statuizioni contenute nella sentenza irrevocabile. Come ricordavano già le Sezioni Unite del 1986 “la norma (ovverosia l’art. 671 c.p.p., 81 cpv) statuisce in modo inequivocabile solo l’immodificabilità del giudizio sul fatto costituente reato, [...] sicché nulla consente di ricavare dalla norma l’immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna”; “la pena può subire, invece, quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema”, ed, anzi, “non può essere escluso che il giudice ricavi per interpretazione un’ulteriore facoltà di incidere sulla pena”, anche al fine di assicurare il rispetto dei “principi di civiltà giuridica – riaffermati in considerazione del *favor rei* – e della giustizia sostanziale altrimenti vulnerata da eventi accidentali e indipendenti dal fatto del reo”. Il mutamento di prospettiva della giurisprudenza di legittimità trovò piena rispondenza nella giurisprudenza costituzionale, e in particolare delle sentenze n. 115 del 1987 e n. 267 del 1987; segnatamente, la prima di queste due decisioni, affermò che: “il principio del giudicato deve essere rettamente inteso” e che “è proprio l’ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l’intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino”. Ulteriori impulsi alla riflessione sui limiti del giudicato vennero offerti dalla nuova disciplina del codice di procedura penale del 1988, con la previsione di “una nutrita serie di poteri del giudice dell’esecuzione più o meno incidenti sul giudicato”, in particolare agli artt. 669, 672, 673, 674 e 676 c.p.p. e 188 disp. att. c.p.p. La Corte, inoltre, rammenta le innumerevoli riforme che hanno interessato il tema del giudicato: basta citare l’introduzione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (*ex art. 625-bis c.p.p.*), con cui si è definitivamente superata l’infallibilità dei *dicta* della Suprema Corte, passibili di impugnazione; la previsione della rimessione in termini (*ex art. 175 c.p.p.*), nonché della rescissione del giudicato (*ex art. 625-ter c.p.p.*), a completamento della riforma del procedimento *in absentia*; le modifiche apportate all’ordinamento penitenziario, con il meccanismo sospensivo dell’art. 656 c.p.p.; il potenziamento degli istituti di natura sostanziale, con l’introduzione del terzo comma dell’art. 2 c.p., in materia di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria ad opera del giudice dell’esecuzione *ex art. 666 c.p.p.*; ipotesi che si aggiunge alla previsione dell’*abolitio criminis* ed al fenomeno della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice *ex artt. 2, co. 2 c.p. e 673 c.p.p.* Stabilità del giudicato posta ulteriormente in discussioni dalle recenti sollecitazioni della giurisprudenza sovranazionale: sul versante del diritto dell’Unione europea, la giurisprudenza di legittimità ha equiparato alle ipotesi ablatorie di cui agli artt. 2 c.p. e 673 c.p.p. l’intervenuta incompatibilità della norma interna rispetto al diritto dell’Unione, con conseguente obbligo di disapplicazione in capo al giudice ordinario della norma incompatibile, anche a fronte della sentenza passata in giudicato (*id est*: *leading case El Dridi*). Sul versante del sistema Cedu, l’ammissibilità di un intervento *in executivis* è stato valutato con favore sia con riguardo alle violazioni di tipo processuale, individuando, tra l’altro, quale strumento più adeguato la revisione processuale c.d. “atipica”, in aggiunta alle ipotesi tipiche di revisione processuale di cui all’art. 630 c.p.p., sia con riferimento alle violazioni sostanziali, in cui, invece, la sede più opportuna viene individuata nel giudizio di esecuzione in senso stretto ed, in particolar modo, in sede di incidente di esecuzione. Secondo i giudici di legittimità, una prima manifestazione di tale *trend* progressista si può individuare nella sentenza della Corte

(c) *L'individuazione degli strumenti normativi.*

Superato l'*empasse* concettuale del giudicato, la Corte individua, quindi, nella disposizione dell'art. 30, co. 4 della legge cit., lo strumento giuridico, in forza di cui poter giustificare sul piano sostanziale l'incidenza del giudice dell'esecuzione sul giudicato penale di condanna: la portata applicativa del co. 4 dell'art. 30 della legge cit. si estende quindi anche ad ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale incidenti sul trattamento punitivo. L'efficacia retroattiva della declaratoria di illegittimità travolge anche il giudicato penale di condanna: l'unico limite all'impermeabilità della sentenza di condanna definitiva rispetto ai fatti intervenuti *post rem iudicatam*, viene individuato nell' "irreversibilità degli effetti".

Secondo la Corte, il co. 4 dell'art. 30 della legge cit. si presta ad essere interpretato, quale norma di superamento del giudicato, in quanto in esso si prevede la rimozione di *tutti gli effetti pregiudizievoli* discendenti dalla sentenza di condanna passata in giudicato (*id est*: "Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, *ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*"), laddove con tale espressione si intendono tutti gli effetti che non sono "già stati consumati" e divenuti irreversibili, perché il condannato ha scontato per intero la pena detentiva⁵⁷⁶.

Una volta individuata la norma sostanziale di risoluzione dell'antinomia giuridica, la Corte procede, però, ad un'argomentazione non pienamente condivisibile: la riconducibilità dell'intervento in esecuzione rispetto alla declaratoria di illegittimità

costituzionale n. 113 del 211, che ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. come norma interposta dell'art. 46 Cedu, in relazione all'630 c.p.p., nella parte in cui non si prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, quando ciò fosse necessario per conformarsi una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo che avesse accertato la violazione delle garanzie attinenti ai diritti fondamentali della persona. Una seconda evidenza viene offerta dall'approdo giurisprudenziale della sentenza delle Sezioni Unite, 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, nel procedimento Ercolano, della quale si è già dato conto in precedenza, viene richiamata più volte dai giudici di legittimità nella sentenza Gatto, atteso che "nella sentenza Ercolano i principi di diritto affermati (e particolarmente le conclusioni) appaiono specificamente riferiti alla anomala situazione conseguente alla sentenza pronunciata dalla Corte Edu nel caso Scoppola"; tuttavia, si osserva, i principi affermati nella sentenza Ercolano "hanno valenza generale", perché "non esiste alcuna ragione per ritenere flessibile e cedevole il giudicato (quanto al trattamento sanzionatorio) fondato su norme nazionali violatrici della Cedu e, per contro, intangibile quello fondato su norme dichiarate illegittime per violazione della Costituzione".

⁵⁷⁶ Solamente laddove la pena sia ancora in corso, sarà possibile ipotizzare un intervento *in executivis*: "L'esecuzione della pena, infatti, implica l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi". Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, pp. 20-22.

di una norma non incriminatrice verrebbe giustificata non tanto in ragione di un'interpretazione logico-sistematica dell'co. 4 dell'art. 30 della legge cit., in forza della valorizzazione del solo inciso “tutti gli effetti penali”, andando in tal modo a manipolare il testo della norma, al di là di una mera rilettura estensiva/analogica dello stesso.

Non si condivide, in primo luogo, la scissione dell'espressione “*ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”: come già si è anticipato, il co. 4 dell'art. 30 della legge cit. è stato originariamente concepito quale meccanismo sostanziale per la rimozione integrale sul piano dell'esecuzione di una fattispecie incriminatrice inficiata da declaratoria di illegittimità costituzionale, con conseguente rimozione sia della condanna sia di tutti gli effetti penali di essa, attesa l'invalidità genetica della norma dichiarata incostituzionale: da qui si giustifica il binomio “condanna e effetti penali”, perché il giudice dell'esecuzione è chiamato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. in relazione del co. 4 dell'art. 30 della legge cit. a rimuovere integralmente il giudicato penale di condanna e tutti gli effetti pregiudizievoli per il condannato⁵⁷⁷.

Partendo dalla valorizzazione dell'art. 673 c.p.p. si sarebbe giunti ugualmente alla legittimazione sul piano sostanziale del co. 4 dell'art. 30 della legge cit.: riprendendo, infatti, le considerazioni svolte da una parte della giurisprudenza di merito, si evidenzia come il giudice dell'esecuzione, chiamato nell'immediato ad applicare la pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014, abbia dovuto, in primo luogo, rimuovere (*id est*: revocare) la parte della condanna avente ad oggetto il *quantum* di pena inficiato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale e, solamente, in un secondo momento, procedere alla rideterminazione della pena.

⁵⁷⁷ In caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma punitiva, ciò che viene meno non sono gli effetti penali della condanna (che continuano a permanere), ma una parte della condanna stessa, avente ad oggetto il *quantum* di pena dichiarato incostituzionale: ragionando in termini diversi, si finisce per avallare una nozione di norma incriminatrice che prescinde dalla sanzione, la quale verrebbe, invece, ad essere equiparata ad un mero effetto penale discendente dalla condanna. Un'interpretazione logico-sistematico del combinato disposto degli artt. 673 c.p.p. e 30, co. 4 della legge cit. avrebbe potuto condurre la Corte a sostenere un'interpretazione del concetto di “norma incriminatrice” comprensivo sia del precetto sia della sanzione e riconoscere, quindi, tutela sia alle ipotesi di illegittimità costituzionale incidenti sul precetto sia sul trattamento punitivo. Le criticità di una simile impostazione si percepiscono maggiormente nella misura in cui la Corte esclude la praticabilità del ricorso sul piano processuale dell'art. 673 c.p.p., considerandolo, anzi, incompatibile con lo stesso co. 4 dell'art. 30 della legge cit. Si evidenzia, invece, che tali norme costituiscano un binomio indissolubile con riferimento ai fenomeni di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice: l'uno, co. 4 dell'art. 30 della legge cit. opera infatti sul piano sostanziale, l'altro, l'art. 673 c.p.p. ricorre sul piano processuale. La valorizzazione della portata applicativa dell'art. 673 c.p.p. in relazione all'art. 30, co. 4 della legge cit., anche per le ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice avrebbe evitato il ricorso all'espedito (poco convincente) della scissione tra “condanna” ed “effetti penali” di essa.

Il momento di rideterminazione della pena è solamente eventuale, connesso alla peculiarità della pronuncia costituzionale n. 32/2014, la quale, per evitare un rischioso vuoto di tutela, ha preso espressamente posizione per la “reviviscenza” della normativa previgente; esito interpretativo che – come già si è detto – non è stato affatto scontato: nel caso in cui la Corte costituzionale avesse optato per la declaratoria di illegittimità “semplice”, il giudice dell’esecuzione avrebbe dovuto operare – sempre per il combinato delle due norme citate – per la revoca integrale del giudicato di condanna e per la rimozione di tutti gli effetti penali⁵⁷⁸.

(d) I limiti al giudicato penale e all’intervento in esecuzione: la reversibilità degli effetti.

La mancanza di un raccordo concettuale tra le due disposizioni ha condotto la Corte a propendere per una diversa soluzione, con il potenziamento dei poteri “atipici” esercitabili dal giudice in sede di incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 665 e 666 c.p.p., così come avviene «quando occorre procedere alla sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, nei casi previsti dal “nuovo” art. 2, co. 3 c.p.»⁵⁷⁹.

Secondo i giudici, inoltre, la rideterminazione della pena *in executivis* nel caso in esame (*id est*: declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 69, co. 4 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza dell’attenuante di cui al quinto comma dell’art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva prevista dall’art. 99, co. 4 c.p.) non è assimilabile all’ipotesi di sostituzione “secca” della pena (*id est*: dall’ergastolo a trenta anni di reclusione) come nel caso *Ercolano*, bensì a quella del ricalcolo della pena per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale incidente sulla circostanza aggravante di cui all’art. 61 n. 11-*bis* c.p., se ricompresa dal giudice del caso concreto nel computo complessivo della pena nel contesto del giudizio di equivalenza o prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti: i giudici, infatti, osservano che “sarebbe del tutto irrazionale consentire la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella di trenta anni reclusione (come nel caso *Ercolano*) e ritenere “intangibile” la

⁵⁷⁸ Nel caso in esame, quindi, la rideterminazione della pena si presenta come un provvedimento conseguente alla *revoca parziale* della condanna; concetto non ricompreso espressamente nel combinato disposto degli articoli in esame, ma che ben si presterebbe ad essere ricavato in via interpretativa, senza operare torsioni e soluzioni interpretative del dato testuale: residua, inoltre, la possibilità di operare anche secondo le indicazioni della Corte costituzionale, con la sentenza n. 96/1996, per cui si avrebbe una *revoca integrale* della condanna con consequenziale rideterminazione della pena, quale provvedimento conseguente.

⁵⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 24.

porzione di pena applicata per effetto di norme che mai avrebbero dovuto vivere nell'ordinamento”⁵⁸⁰.

Se così è, non sussiste nessun ostacolo alla rideterminazione della pena *in executivis* anche per il caso in esame: la Corte evidenzia infatti come, ai fini della riconduzione della pena ai parametri di legalità costituzionale, il compito di attivare l'incidente di esecuzione compete al Pubblico Ministero, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 c.p.p., e dell'art. 73, co. 1 dell'ord. giud. “sia all'atto di promovimento dell'esecuzione sia [...] nel corso di questa”, mentre spetta al giudice dell'esecuzione “procedere a quel giudizio di valenza che era stato illegittimamente inibito al giudice della cognizione dal divieto [successivamente] ritenuto costituzionalmente illegittimo”⁵⁸¹.

Al giudice dell'esecuzione vengono quindi attribuiti “penetranti poteri di accertamento e valutazione, ben più complessi di quelli richiesti da un giudizio di comparazione tra circostanze” che si rinvenivano tradizionalmente in materia di concorso formale e reato continuato, *ex art. 671 c.p.p.*: al giudice dell'esecuzione si attribuisce altresì “la possibilità di avvalersi di poteri valutativi”, che troverebbero fondamento in base alle previsioni di cui agli artt. 671 e 675 c.p.p., e, più in generale, “sulla razionalità del sistema processuale”, alla luce dell'insegnamento delle Sezioni Unite, 20 dicembre 2005, n. 4687/2006, nel procedimento Catanzaro, secondo le quali, una volta “che 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”⁵⁸².

Le Sezioni Unite *Gatto* conferiscono quindi un “potere atipico” al giudice dell'esecuzione, implicitamente sotteso alle competenze valutative attribuitegli ai sensi dell'art. 665 c.p.p. e dall'insieme delle norme in materia di esecuzione, in ragione del principio di diritto nel senso che “il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666, comma 1 cod. proc. pen. e in applicazione dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante (*id est*: di cui all'art. 73, co. 5 d.p.r. 309/1990), sempreché una simile valutazione non sia stata

⁵⁸⁰ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 21.

⁵⁸¹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 22.

⁵⁸² Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 23.

esclusa nel merito dal giudice della cognizione”⁵⁸³. Secondo i giudici, infatti, “le valutazioni del giudice dell’esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile” e che le stesse potranno “essere assunte, se necessario, mediante l’esame degli atti processuali, ai sensi dell’art. 666, co. 5, c.p.p., che autorizza il giudice ad acquisire i documenti e le informazioni necessari e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio”⁵⁸⁴.

3.14.3. L’evoluzione giurisprudenziale successiva.

Il tema della pena illegale e dell’esigenza ripristinatoria della legalità in fase esecutiva è stato ampiamente ripreso nel corso del 2015 da due sentenze delle Sezioni Unite, entrambe del 26 febbraio 2015, una la n. 33040, nel procedimento *Jazouli* e, l’altra, n. 37017, nel procedimento *Marcon*.

(a) *Procedimento Jazouli, Sezioni Unite, n. 33040, 26 febbraio 2015.*

Con il procedimento *Jazouli*, la Suprema Corte delinea lo statuto della pena “illegale”⁵⁸⁵.

L’illegalità della pena emerge chiaramente in relazione al fenomeno della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma anche non incriminatrice, atteso che la norma colpita viene eliminata con effetto *ex tunc* dall’ordinamento, trattandosi, infatti, di una “patologia normativa”, che inficia sin dall’origine la

⁵⁸³ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 24.

⁵⁸⁴ Nel caso di specie, quindi, venendo in applicazione la disciplina in materia di stupefacenti, il giudice dovrà tenere conto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l’incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni, dall’art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, determinando la “reviviscenza” del testo originario dell’art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in quanto mai validamente abrogato, il quale prevedeva pene edittali notevolmente più lievi: “Ciò significa che all’esito del giudizio di bilanciamento tra la recidiva di cui all’art. 99, co. 4 c.p. e la circostanza attenuante di cui all’art. 73, co. 5, d.P.R. cit., occorrerà tenere conto di quest’ultima disposizione come ripristinata a seguito della predetta sentenza”. Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, n. 42858, p. 25.

⁵⁸⁵ Prendendo le mosse dal quesito di diritto in ordine all’ammissibilità delle rideterminazione della pena ad opera del giudice della cognizione ed, in particolar modo, nel giudizio di legittimità, comminata al prevenuto in forza di una sentenza di patteggiamento sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la pronuncia n. 32 del 2014, anche laddove quest’ultima rientri nella nuova cornice edittale applicabile, le Sezioni Unite risolvono il contrasto giurisprudenziale delle sezioni semplici, propendendo per la soluzione positiva in ragione del concetto stesso di pena “illegale”.

disposizione impugnata⁵⁸⁶. L'impossibilità per il giudice della cognizione di parametrare la pena in forza dei limiti edittali dell'art. 73 della legge cit., nella versione dichiarata incostituzionale – per quanto corrispondente nel *quantum* della nuova cornice edittale – viene tratto dalla diretta riconducibilità del fenomeno sanzionatorio e della punibilità all'interno del principio di legalità, che, come è noto, “informa l'intero ordinamento giuridico penale e trova un'ulteriore conferma nell'art. 7 Cedu in cui si afferma che “non può essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il fatto è stato commesso”, atteso che “il principio di legalità deve essere affermato non solo con riferimento al precetto penale, ma anche alla sanzione ad esso collegato”⁵⁸⁷.

Ancora, “l'art. 25, Cost., comma 2, nel proclamare il principio della irretroattività della norma penale, allo stesso tempo dà fondamento legale alla potestà punitiva del giudice, che si esplica attraverso l'applicazione di una pena adeguata al fatto antiggiuridico”⁵⁸⁸.

Una soluzione favorevole alla rideterminazione della pena si rinviene anche nel principio di uguaglianza, il quale, secondo costante giurisprudenza della Corte costituzionale, “esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione della difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali”⁵⁸⁹, nonché nel principio di proporzionalità e colpevolezza.

Le Sezioni Unite, infatti, osservano che le nuove comminatorie impongono di considerare la pena in attuazione del principio di proporzionalità per evitare che sia legittimata l'applicazione di una pena al di sopra della misura della colpevolezza⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Così come è stato ribadito dalle Sezioni Unite *Gatto*: “Se questi sono gli effetti [...], ne deriva che, per i processi in corso per reati in materia di stupefacenti commessi all'epoca della vigenza della legge n. 49 del 2006, deve trovare applicazione necessariamente il d.p.r. n. 309/1990, art. 73 nella sua originaria versione, proprio in quanto la disciplina incostituzionale deve ritenersi “come mai esistita”, con l'ulteriore corollario [...] che è fatto divieto al giudice di assumere le norme incostituzionali per qualsiasi canone di valutazione”, compresa, quindi, anche la valutazione giudiziale relativa alla commisurazione della pena in base ai limiti incostituzionali. Cfr. Cass. pen., 26 febbraio 2015, n. 33040, p. 12.

⁵⁸⁷ Cfr. Cass. pen., 26 febbraio 2015, n. 33040, p. 12.

⁵⁸⁸ In altri termini, la conformità alla legge della pena deve essere costantemente garantita al momento della sua irrogazione fino a quello della sua esecuzione, tanto più se la pena concretamente irrogata inerisce ad una disciplina normativa in palese violazione del precetto costituzionale.

⁵⁸⁹ Cfr. Cass. pen., 26 febbraio 2015, n. 33040, p. 12.

⁵⁹⁰ Ne consegue che: «la pena edittale debba corrispondere necessariamente alla “gravità” del reato, in quanto è costruita sulla “gravità” del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive e soggettive “come sua variabile indipendente»: sicchè “una distonia nel rapporto o addirittura uno iato tra i

L’incostituzionalità della cornice edittale finisce, quindi, con il travolgere la stessa pena comminata in concreto, “vale a dire il risultato finale di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzionatoria edittale), la misurazione compiuta”, in altri termini “non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità”: la risposta punitiva, infatti, viene calibrata sulla base di un compasso sanzionatorio incostituzionale, così da alterare lo stesso giudizio di gravità del reato ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p., per cui “l’individualizzazione del trattamento sanzionatorio viene completamente travolta e vanificata per il venir meno proprio di uno dei suoi presupposti fondanti, vale a dire la legalità della cornice edittale”⁵⁹¹.

Tali conclusioni valgono anche in relazione alla pena applicata su richiesta delle parti, in quanto la peculiarità del rito alternativo non comporta – secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite – deroga alcuna rispetto ai principi cardine del trattamento sanzionatorio: il *punctum dolens* è rappresentato, invece, dalla rilevabilità d’ufficio in Cassazione della illegalità della pena sottostante l’accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice: ragionando sulla scorta della nozione di pena “illegale” «l’accordo risulta oggettivamente viziato in quanto fondato su una pena a cui le parti sono addivenute utilizzando criteri e limiti edittali “rivissuti” per effetto della sentenza di incostituzionalità»⁵⁹².

Il risultato dell’accordo processuale sulla pena si rivela in ogni caso invalido ed è irrilevante che: «la pena patteggiata rientri comunque nei “nuovi” limiti edittali»»; ciò che infatti determina l’invalidità del patto non è tanto l’interesse delle parti ed, in particolare dell’imputato, “quanto l’accertamento oggettivo in ordine alla legalità della pena”. Atteso come l’illegalità della pena incida, inficiando *ab origine*, il contenuto del patto processuale delle parti sul trattamento sanzionatorio, i giudici di legittimità si

due fattori sarebbero costituzionalmente intollerabili”. Se il legislatore, quindi, “esprime la sua valutazione sulla gravità del fatto di reato che decide di incriminare”, al giudice spetterà, invece, il “compito di esercitare il suo potere discrezionale”, avendo, però, “come imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore, che, a sua volta, deve essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità”.

⁵⁹¹ Nel caso in esame, l’illegalità della pena non deriva da un errore materiale nella determinazione della quantità o del tipo di sanzione, bensì in ragione della stessa illegalità del procedimento di commisurazione giudiziale, che si è basato su criteri edittali incostituzionali e, quindi, non esistenti (o meglio come se non fossero mai esistiti) nell’ordinamento giuridico, in contrasto, peraltro con il principio di proporzione e di colpevolezza.

⁵⁹² Cfr. Cass. pen., 26 febbraio 2015, n. 33040, p. 12.

interrogano sulla possibilità che – rilevata d’ufficio l’illegalità della pena – la Cassazione possa procedere annullando senza rinvio la sentenza che ha recepito il “patteggiamento” invalido”, reintegrando le parti della facoltà di rinegoziare l’accordo stesso su basi corrette⁵⁹³.

(b) *Procedimento Marcon, Sezioni Unite, n. 37107, 26 febbraio 2015.*

Medesime conclusioni sono state tratte ed ulteriormente sviluppate nella sentenza – contestuale alla sentenza *Jazouli* – n. 37107, in cui le Sezioni Unite hanno affrontato la spinosa – quanto speculare – questione circa le sorti della sentenza di “patteggiamento” irrevocabile e sulla possibilità che il giudice dell’esecuzione possa rivalutare la congruità e la correttezza della sanzione irrogata dal giudice della cognizione rispetto alla disciplina oggetto di riviviscenza avvalendosi di criteri di commisurazione della pena a c.d. “rime obbligate”, rifacendosi ad un criterio meramente matematico-proporzionale oppure possa procedere al ricalcolo della pena secondo una valutazione maggiormente discrezionale ed autonoma, improntata sui canoni di cui agli artt. 132, 133 c.p.⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Seguendo una prospettiva civilistica, le Sezioni Unite aderiscono all’impostazione della giurisprudenza maggioritaria che considera, nel caso di pena divenuta illegale, l’accordo come nullo: “[...] qualora in sede di legittimità si rilevi che una clausola dell’accordo concluso dalle parti sia stata pattuita in violazione di legge, la sentenza pronunciata a norma dell’art. 444 c.p.p. non può essere annullata soltanto sul relativo punto, ma deve esserlo interamente, in quanto l’accordo delle parti non è suscettibile di modifica da parte del giudice”. Qualificata quindi in termini di nullità, i giudici di legittimità rispondono all’ulteriore quesito di diritto in ordine alla rilevabilità d’ufficio ovvero subordinazione alla proposizione di specifici motivi di ricorso di tale tipologia di invalidità processuale, a fronte di un ricorso ritenuto inammissibile: la Suprema Corte propende per l’indirizzo giurisprudenziale che risolve la questione in termini di rilevabilità d’ufficio del vizio della sentenza, anche in forza di una causa di inammissibilità, atteso come sia necessario «riconoscersi che anche l’illegittimità costituzionale limitata alla sola sanzione” sia destinata” ad incidere sul giudicato sostanziale: si tratta pur sempre di una pena la cui esistenza è stata eliminata dall’ordinamento in maniera irreversibile e definitiva, peraltro con effetti *ex tunc*, come se non fosse mai esistita». Ne consegue che “la sua intrinseca illegalità impone che il giudice dell’impugnazione, ancorché inammissibile, provveda a ripristinare una sanzione legale, basata, in questo caso, su criteri edittali ripristinati per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale”.

⁵⁹⁴ La corretta e compiuta disamina del quesito di diritto ha indotto le Sezioni Unite a prendere nuovamente posizione sulla questione dell’intangibilità del giudicato penale: oltre a ripercorrere “storicamente” le tappe che hanno contraddistinto il graduale, quanto incessante, processo di erosione dell’istituto processuale, segnato – come si è voluto dimostrare nella ricostruzione ricognitiva sin qui proposta – nel procedimento in esame, i giudici aggiungono un ulteriore tassello alla decostruzione di tale “mito” processuale, introducendo la nozione di “duplice dimensione” del giudicato, espressione già nota alla dottrina e ripresa più volte dalla giurisprudenza di merito *post* sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014. La duplice portata concettuale ed applicativa del giudicato penale vedrebbe da una parte una dimensione “relativa all’accertamento del fatto, realmente intangibile”, non essendo consentita, infatti, “al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto di giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*)”; dall’altra si avrebbe la determinazione della pena, che, “sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle “sollecitazioni” provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*”. In altri termini, se “il giudicato sull’accertamento” sarebbe realmente tangibile, atteso come non siano possibili

La soluzione prescelta dalle Sezioni Unite, supportata anche da alcune pronunce di merito, individua nell’art. 188 disp. att. c.p.p. lo strumento processuale per rimodellare la pena, oggetto della sentenza di patteggiamento irrevocabile: come è noto l’art. 188 cit. consente di intervenire in fase esecutiva sulla pena patteggiata, riconoscendo la continuazione tra più reati oggetto di distinte sentenze irrevocabili *ex art. 444 c.p.p.* (norma speciale rispetto all’art. 671 c.p.p., la quale non fa espresso riferimento all’ipotesi della sentenza “patteggiata”)⁵⁹⁵.

rivalutazioni sulla responsabilità dell’imputato così come accertata in sede processuale, il “giudicato sulla pena” sarebbe, invece, permeabile “ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purchè in *bonam partem*, essendo espressione di un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti, suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all’esigenza di certezza dei rapporti giuridici”. La scissione della dimensione del giudicato penale con la contestale valorizzazione dell’ambito inerente la pena, maggiormente sensibile alle modifiche normative intervenute *post rem iudicatam*, consente alla Suprema Corte di fondare agevolmente l’ammissibilità di un intervento *in executivis* anche a fronte di una sentenza di “patteggiamento” irrevocabile: secondo i giudici di legittimità non sarebbe possibile applicare pedissequamente il ragionamento esposto nella sentenza *Jazouli* in ragione dell’intervento del giudicato. Secondo tale ricostruzione, quindi, il giudicato formale avrebbe un “effetto sanante” rispetto all’illegalità della pena determinata sui criteri edittali dichiarati incostituzionali, impedendo in tal modo che la nullità dell’accordo si trasmetta anche alla sentenza: se tale ragionamento fosse stato seguito anche in esecuzione, il rimedio più opportuno sarebbe stato l’art. 670 c.p.p., atteso che a fronte di una sentenza nulla non può aversi un valido titolo esecutivo. A differenza del caso *Jazouli*, infatti, l’illegalità della pena subentra in una fase successiva alla formazione del giudicato penale ed in corso di esecuzione della pena detentiva: non può parlarsi quindi di titolo viziato, atteso che l’accordo si è formato correttamente e validamente, cristallizzatosi in seguito dal giudicato formale. Archiviata quindi la ricostruzione in termini di ineseguibilità del titolo esecutivo, i giudici negano altresì di poter ricondurre la questione all’interno della sfera di operatività dell’art. 673 c.p.p., atteso che “il giudice dell’esecuzione non procede alla revoca del titolo esecutivo [...] ma opera solo una parziale rinnovazione ed integrazione per quanto concerne l’entità della pena, con ogni conseguenza di legge”. A ben vedere, in realtà, l’operazione metodologica compiuta dal giudice consiste in una prima fase di “revoca” del “patteggiamento” così come concordato dalle parti in sentenza, in ragione dell’illegalità dei criteri di commisurazione della pena a cui le parti avevano fatto affidamento, per procedere, in un secondo momento, alla rideterminazione della pena in forza dei nuovi limiti edittali applicabili. Sembra verosimile che le Sezioni Unite rifiutino una riconduzione della questione sotto l’ombrello di copertura dell’art. 673 c.p.p., atteso come le precedenti Sezioni Unite *Gatto* abbiano negato valenza applicativa alla disposizione sopra citata, per avallare la soluzione indicata nell’art. 30, co. 4 della legge n. 87/1953. Sul punto, invece, le Sezioni Unite *Marcon* non si esprimono, richiamando implicitamente l’assunto di partenza della sentenza *Gatto*, per limitarsi ad approfondire invece il diverso, ma strettamente collegato, tema dell’intervento non solo quantitativo, ma soprattutto qualitativo del giudice dell’esecuzione rispetto alla rideterminazione della pena. Le Sezioni Unite propendono per una soluzione compromissoria che tenga conto dei due principali orientamenti giurisprudenziali, ritenuti dai giudici entrambi non pienamente percorribili: secondo una prima impostazione giurisprudenziale, al giudice dell’esecuzione sarebbe consentito intervenire sulla rideterminazione della pena in base ad un criterio oggettivo matematico-proporzionale; in forza di una seconda tesi, invece, al giudice dell’esecuzione sarebbero attribuiti pieni poteri officiosi, in forza degli artt. 132 e 133 c.p.p., potendo procedere alla rideterminazione dell’accordo pattizio anche prescindendo dalla volontà delle parti.

⁵⁹⁵ Trattasi di un’applicazione analogica, dato che nel caso di specie non si ha a che fare con il reato continuato ovvero con la sospensione condizionale in fase esecutiva, ma con la rimozione di un profilo di illegalità incidente sulla pena, ad opera della declaratoria di incostituzionalità. Il superamento dell’illegalità della pena – ragionando analogicamente con il disposto dell’art. 188 cit. – consisterebbe

Ammessa, quindi, l'applicazione "analogica" dell'art. 188 c.p.p., consegue la configurabilità in capo al giudice del potere di sindacare la congruità dell'accordo raggiunto tra le parti: "Il giudice dovrà procedere alla rideterminazione della pena utilizzando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p., secondo i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità che tengano conto della nuova perimetrazione edittale"⁵⁹⁶.

(c) *Procedimento Basile, Sezioni Unite n. 6240, 27 novembre 2014.*

Il tema dell'illegalità della pena *in executivis* è stato affrontato anche in una recente pronuncia n. 6240, del 27 novembre 2014 (dep. 12 maggio 2015), nel procedimento *Basile*, con cui le Sezioni Unite hanno preso espressa posizione con riferimento all'intervento del giudice dell'esecuzione rispetto ad una pena accessoria "illegale", perché applicata erroneamente dal giudice della cognizione: le argomentazioni elaborate in seno alle precedenti sentenze *Jazouli* e *Marcon* vengono riadattate alle pene accessorie, asserendo che "il principio di legalità della pena si applica, invero, anche con riferimento alle pene accessorie [...] in sede esecutiva"⁵⁹⁷.

Ulteriore conferma della possibilità di intervento viene fornita dall'art. 183 disp. att. c.p.p., con cui si disciplina l'omessa applicazione di una pena accessoria da parte del giudice della cognizione in esecuzione, anche, quindi, *in malam partem*: se è possibile, quindi, un'applicazione della pena accessoria in danno del condannato, non vi sono ragioni ostative per non configurare in capo al giudice dell'esecuzione poteri di

nell'ammissibilità di un intervento ad opera del giudice dell'esecuzione, su richiesta della parte interessata – in tali casi sia dell'imputato quanto del Pubblico Ministero –, potendo le parti sottoporre al giudice un nuovo accordo sulla pena, quantificata in base ai nuovi criteri edittali operanti a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, il quale potrà essere accolto dal giudice, anche in presenza di un dissenso ingiustificato del Pubblico Ministero ovvero in mancanza di un assenso esplicito, valutabile dal giudice come un dissenso implicito. Ipotesi non contemplata, invece, in esecuzione, attese le conseguenze gravose ricadenti sul condannato (*id est*: l'esecuzione di una pena ritenuta illegittima), è il rifiuto del giudice di ratificare il nuovo accordo proposto dalle parti.

⁵⁹⁶ Tale operazione di "riqualificazione sanzionatoria" non potrà, in ogni caso, prescindere dalla volontà delle parti, "evitando di eludere la finalità richiesta che ha avviato l'incidente di esecuzione, che è quella di eliminare la pena illegale e di sostituirla con una che sia il risultato di una valutazione basata su criteri edittali costituzionali". Collegato al tema della rinegoziazione dell'accordo e all'eventuale rideterminazione della pena ad opera del giudice dell'esecuzione, entra in gioco il problema della possibilità di riconoscere la sospensione condizionale della pena, *ex art.* 163 c.p., in sede esecutiva: secondo i giudici di legittimità trattasi di un potere espressamente previsto in seno alle norme di cui agli artt. 671, co. 3 c.p.p. e 188 disp. att. c.p.p., con riferimento alla rideterminazione della pena per effetto del riconoscimento del concorso formale e del reato continuato, per cui si ritiene che lo stesso potere si giustifichi nel caso in cui il giudice debba rideterminare una nuova pena in sostituzione di quella illegale.

⁵⁹⁷ "L'emendabilità *in executivis* di una pena accessoria" trova, infatti, il suo fondamento non solo in norme di rango superiore, costituzionale e convenzionale [...], ma anche in norme del codice di rito, quale l'art. 676 c.p.p. che, prevede espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione in tema di pene accessorie", norma, peraltro, generale, idonea a "rimediare ad applicazioni della sanzione in contrasto con norme di rango superiore".

intervento in senso favorevoli al reo. Dalla medesima disposizione, la Consulta deduce contestualmente il limite alla conoscibilità del giudice dell'esecuzione in materia di pene accessorie, stabilendo come l'intervento sia ammesso sempre che non implichi valutazioni discrezionali in ordine alla specie ed alla durata della pena accessoria, dovendo quest'ultima essere “predeterminata dalla legge nella specie e nella durata”; inoltre, come ulteriore limite, si nega l'ammissibilità di un'emenda sulla pena laddove l'errore del giudice della cognizione sia stato determinato da un errore valutativo⁵⁹⁸.

3.14.4. *Quale soluzione percorribile?*

I punti di forza del dibattito giurisprudenziale sull'“illegalità” della pena inficiata da declaratoria di illegittimità costituzionale sono rappresentati, in primo luogo, dall'avallamento definitivo della copertura costituzionale, ai sensi dell'art. 25, co. 2 Cost, nonché 27, co. 3 Cost., al momento punitivo nel suo divenire in esecuzione sia con riguardo alla pena principale, sia alle sanzioni accessorie, nonché alle circostanze eventuali.

La rimozione delle sopravvenienze normative (*post rem iudicatam*) consente di ricollocare la pena all'interno dell'asse di legalità e colpevolezza che dovrebbe

⁵⁹⁸ Soluzione concettuale che non avrebbe potuto applicarsi al caso in esame dalla Corte: il prevenuto infatti era stato condannato, a seguito di giudizio abbreviato, alla pena di anni tre di reclusione per i delitti di cui agli artt. 609-bis, 317 e 527 c.p., uniti dal vincolo della continuazione ex art. 81 cpv; pena complessiva determinata dal giudice, partendo (erroneamente) dall'individuazione della pena-base per il reato più grave individuato nel delitto di cui all'art. 609-bis c.p., in anni sei di reclusione, ridotti ad anni tre di reclusione, per la concessione delle circostanze attenuanti, nonché per l'applicazione della diminuzione del rito, con la pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici. Dalla quantificazione complessiva della pena, emerge *ictu oculi* come il giudice della cognizione avesse erroneamente individuato nell'art. 609-bis c.p., la fattispecie più grave (punita con la pena della reclusione da cinque a dieci anni), in luogo dell'art. 317 c.p., che al tempo della commissione dei fatti era punita con la pena della reclusione da quattro a dodici anni, ritenuta in sede di commisurazione della pena, invece, reato-satellite: nonostante tale indicazione, il giudice aveva poi proceduto alla comminazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dei pubblici uffici, sanzione che discende, però, dall'irrogazione di una pena non inferiore a tre anni di reclusione quale pena accessoria della fattispecie di cui all'art. 317 c.p., ai sensi dell'art. 317-bis c.p. Secondo i giudici di legittimità, l'omessa indicazione ad opera del giudice della cognizione del *quantum* di pena concretamente riferibile all'art. 317 c.p., in conformità a quanto disposto dall'art. 77 c.p. (ovverosia: per determinare le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna, si ha riguardo ai singoli reati per i quali è pronunciato la condanna, e alle pene principali che, se non vi fosse concorso di reati, si dovrebbero infliggere per ciascuno di essi), rende indeterminabile la pena accessoria, non potendosi fare riferimento, ai sensi dell'art. 37 c.p., alla durata della pena principale. Un'indicazione di diverso avviso avrebbe comportato un intervento discrezionale del giudice dell'esecuzione, diretto all'individuazione del *quantum* di pena riferibile in concreto al delitto di concussione (operazione, peraltro, pacificamente ammessa in tema di indulto), sovrapponendosi in tal modo ad un'attività valutativa propria del giudice della cognizione in sede di commisurazione della pena.

accompagnare l'intera fase della punibilità. Il superamento del giudicato penale di condanna si presta, quindi, funzionalmente alla legittimazione di un intervento *in executivis*: l'incidenza, infatti, del giudice dell'esecuzione avviene a pena in corso e, pertanto, un suo intervento ha la funzione di interrompere la pena in divenire per ripristinare la legalità, venuta meno per la sopravvenienza, disponendo, se del caso, la continuazione della stessa, secondo i canoni di legalità e colpevolezza.

A ben vedere, quindi, anche nella rimozione degli effetti pregiudizievoli conseguenti la declaratoria di illegittimità costituzionale si è in una fase diversa ed ulteriore rispetto alla formazione del giudicato: non è possibile inaridire il dibattito circa la tangibilità o meno del giudicato penale di condanna; esso c'è e rimane, atteso come senza la sua corretta formazione non potremmo parlare propriamente di esecutività, eseguibilità ed esecutorietà, ovverosia non si potrebbe esplicitare pienamente l'*iter* ordinario della fase attuativa ed esecutiva della pena.

La pena detentiva infatti è in corso di espiazione in forza di un giudicato penale formale correttamente cristallizzatosi ed in ragione di un titolo esecutivo idoneo e valido: non si discute, infatti, circa la validità formale del titolo esecutivo, né tanto meno del suo contenuto. Sembra quindi profilarsi, anche per il caso della declaratoria di illegittimità su norma sanzionatoria, la necessità di ricorrere allo strumento dell'art. 673 c.p.p., per tutti i motivi già espressi in precedenza.

Le criticità del dibattito giurisprudenziale in esame si riscontrano nella misura in cui non vi sia unanimità di visioni all'interno delle stesse Sezioni Unite nel momento in cui procedono all'individuazione dello strumento più idoneo alla risoluzione delle peculiari ipotesi abolitive: posta come premessa indefettibile la disposizione sostanziale dell'art. 30, co. 4 della legge cit., le Sezioni Unite identificano di volta in volta una diversa soluzione processuale, dall'art. 670 c.p.p., nel caso Ercolano ed implicitamente nel caso Jazouli, ovvero nei c.d. poteri "atipici" inerenti la fase esecutiva, ai sensi dell'art. 665 c.p.p., nel caso Gatto.

Le Sezioni Unite Gatto, infatti, contraddicendo gli assunti di base del procedimento Ercolano, non condividono l'impostazione precedentemente formulata in relazione all'art. 670 c.p.p., ma riformulano una nuova tesi tutta incentrata sulla definizione dei poteri atipici attribuiti al giudice dell'esecuzione in sede di incidente di esecuzione, *ex* artt. 665, 666 c.p.p. L'eccessiva disomogeneità interpretativa delle

Sezioni Unite si riverbera a “cascata” sulla giurisprudenza di merito, la quale viene formalmente legittimata ad incidere sulla pena *in executivis*, ma senza una precisa ed univoca indicazione dello strumento giuridico in base al quale poter operare: la mancanza di linee guide precise e sicure, sul piano quanto meno del metodo, agevolano la discrezionalità giudiziale e, soprattutto, avallano soluzioni disomogenee e dispersive, eccessivamente differenziate a seconda del caso concreto e, si potrebbe aggiungere, a seconda dell’impostazione prediletta da parte del singolo magistrato, con tutto ciò che ne segue sul piano della tutela dei detenuti e della tenuta complessiva del sistema.

L’individuazione, quindi, di un unico *modus operandi* che consenta al giudice di procedere in maniera uniforme, ogniqualvolta sia di fronte ad una sopravvenienza normativa che abbia inficiato l’esecuzione della pena “legale” e giusta” secondo i canoni dell’ordinamento potrebbe esplicitare effetti positivi sia in termini di garanzia di tutela ragionevole e prevedibile per il singolo sia in termini di tenuta complessiva del sistema in relazione alla produzione di decisioni differenti espresse secondo uno schema univoco che possa orientare i giudici nelle proprie determinazioni e vincolare i giudici successivi così come orientare la stessa giurisprudenza di legittimità nell’affrontare future questioni di diritto inerenti le ipotesi di “illegalità” della pena.

L’art. 673 c.p.p. si presta a svolgere una funzione di norma “salvagente” per la risoluzione di tutte le antinomie giuridiche incidenti sulla pena, a cui i giudici possono ricorrere agevolmente per fondare metodologicamente e concettualmente l’incidenza sulla pena *in executivis* ed operazioni di rideterminazione del *quantum* sanzionatorio, senza che sia necessario l’intervento del legislatore e/o della Corte costituzionale, che, per quanto auspicato, rappresenterebbe in ogni caso un intervento eccessivamente selettivo e parziale (*id est*: una sorta di soluzione “tampone”) rispetto alle esigenze di ripensamento complessivo della fase esecutiva della pena, con una contestuale ricollocazione e rimediazione della fase strettamente commisurativa della pena.

In sintesi, l’art. 673 c.p.p. potrebbe trovare applicazione nei seguenti casi:

Il *modus operandi* dell’art. 673 c.p.p.:

revoca della condanna (*pars destruens*)

+

provvedimenti conseguenti (*pars construens*),

(a) *ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma sanzionatoria con effetti abolitivi integrali*: artt. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 e 673 c.p.p.; es. circostanza aggravante *ex art. 61 n. 11-bis c.p.*;

(b) *ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma sanzionatoria con “reviviscenza” della normativa previgente*: artt. 30, co. 4 della legge cit. e 673 c.p.p.; cfr. le ricadute della sent. n. 32/2014 della Corte costituzionale;

(b¹) *ipotesi di concessione della sospensione condizionale per effetto della rideterminazione in sentenza ordinaria*: artt. 30, co. 4 della legge cit., artt. 673 e 671, co. 3 c.p.p.;

(b²) *ipotesi di rideterminazione in caso di “patteggiamento”*: artt. 30, co. 4 della legge cit., artt. 188 disp. att. c.p.p.

Sezione V

Il giudicato e il mutamento favorevole delle Sezioni Unite

3.15. Stato dell'arte sull'incidenza del mutamento favorevole sul giudicato.

Ulteriore banco di prova della tenuta del giudicato è data dalla *querelle* circa l'incidenza retroattiva del mutamento delle Sezioni Unite.

La questione concerne la possibile rilevanza “dell'*iperretroattività* di una *lex mitior* che scaturisce non già da una fonte legale, bensì origina da una fonte di matrice giurisprudenziale”⁵⁹⁹. In altri termini, si tratta di stabilire se il “precedente”⁶⁰⁰ giudiziale delle Sezioni Unite possa assurgere a regola *iuris* da applicarsi anche nei procedimenti penali successivi, “in funzione dell'identità o analogia tra i fatti del primo caso e i fatti dei restanti casi”⁶⁰¹.

Questione divenuta attuale, per effetto di una molteplicità di fattori, già in precedenza evidenziati: da una parte, infatti, si assiste ad un progressivo affinamento delle differenze culturali e giuridiche tra i Paesi, a tradizione di *civil law*, come quello italiano, a Paesi con tradizioni di *common law*, grazie dell'influenza sugli stessi della giurisprudenza sovranazionale in materia penale, ed, in particolar modo, in relazione al principio di legalità⁶⁰².

Pronuncia principe in tema è rappresentata da Sezioni Unite *Alceev*, del 24 febbraio 2011, n. 16453⁶⁰³. Come è noto, la *quaestio iuris* sottoposta al vaglio della Cassazione, concerne la modifica normativa, intervenuta per effetto della novella

⁵⁹⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2011, p. 234.

⁶⁰⁰ Per una ricostruzione storico-comparata, cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, (rist.) 2007; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 159 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, p. 63 ss.; AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, (a cura di), Cocco, Padova, 2005; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 13 ss.

⁶⁰¹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 235.

⁶⁰² Basta pensare alla già citata sentenza *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, ovvero, alla pronuncia *Contrada* (n. 2) *c. Italia*. Da un punto di vista scientifico-metodologico, si registra – come ampiamente dimostrato in precedenza – una presa di coscienza da parte della dogmatica dell'affermarsi di un diritto penale giurisprudenziale, il quale, od oggi, costituisce “una forma fisiologica di vita del diritto che vive nella realtà, e non già negli schemi astratti della dottrina”. Cfr. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss.

⁶⁰³ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 24 febbraio 2011, *Alceev*, con nota di GATTA, *Inottemperanza del “clandestino” all'ordine di esibire i “documenti”: davvero abolitio criminis?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2876 ss.

legislativa n. 94 del 2009, (*id est*: “Pacchetto sicurezza”, legge 15 luglio 2009, n. 94) con cui si riformula la contravvenzione di cui all’art. 6, co. 3 t.u. imm. in materia di inottemperanza all’ordine di esibizione del documento di identificazione o del permesso di soggiorno, nella misura in cui muta il soggetto attivo dell’illecito penale, prima cittadino extracomunitario irregolare, *post* modifica, unicamente cittadino regolare.

Secondo le prime pronunce, tale modifica normativa non avrebbe dato luogo ad un’*abolitio criminis*, restando ferma la punibilità anche per la condotta a carico del cittadino presente irregolarmente sul territorio dello Stato⁶⁰⁴.

Successivamente, sulla scorta di un contrasto in giurisprudenza (formatosi all’interno della prima sezione della Corte di Cassazione), la questione viene rimessa alle Sezioni Unite citate, mutando il proprio consolidato indirizzo: si asserisce che, a seguito della innovazione legislativa del 2009, si sarebbe prodotta una parziale *abolitio criminis* riguardante gli stranieri in posizione irregolare, essendo, ad oggi, il reato in questione configurabile limitatamente nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato⁶⁰⁵.

Tale soluzione viene salutata con favore da parte della dottrina, la quale evidenzia la natura relazionale dell’art. 6 co. 3 t.u. imm., con il novellato reato di “clandestinità” *ex* art. 10-*bis* t.u. imm.: “L’aver sostituito alla struttura linguistica dell’art. 6 comma 3 la congiunzione con valore disgiuntivo “ovvero” con la congiunzione copulativa “e” la quale segnala un indispensabile collegamento tra le diverse classi di documenti da esibire (passaporto/documento di identificazione e permesso di soggiorno/documento attestante la “regolarità”), insieme – come detto – all’inserimento della nuova contravvenzione di cui all’art. 10-*bis* t.u. imm., ha comportato che attualmente, il soggetto attivo del citato reato *ex* art. 6 possa essere soltanto lo straniero che sia regolarmente soggiornante in Italia”⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, in *Cass. pen.*, 2011, p. 340 ss., con nota di DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all’ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all’intervento della “legge sicurezza” 2009*. Nella prevalente giurisprudenza di merito si rinviengono decisioni in senso contrario: si è statuito infatti che il reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero non può più essere commesso dallo straniero extracomunitario irregolare (Cfr.: Trib. Bologna, 28 ottobre 2009; Trib. Orvieto, 16 febbraio 2010, James; Trib. Orvieto, 2 marzo 2010, Soimu; Trib. Orvieto, 1 giugno 2010, Postica).

⁶⁰⁵ Cfr. Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, *Alacev*, cit.

⁶⁰⁶ In altri termini, “il reato non è più applicabile all’extracomunitario irregolare, il quale per definizione non è più in possesso del permesso di soggiorno o di altro documento comprovante la regolarità della sua presenza”. Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 239. Parte della dottrina è arrivata alle medesime conclusioni, ritenendo tuttavia che tale soluzione sia “un effetto

La dottrina si interroga, quindi, sulle sorti delle pronunce emesse dalle sezioni semplici della Cassazione che avevano optato per l'esclusione dell'*abolitio criminis* (ovvero abbia ommesso di pronunciarsi) per i fatti commessi successivamente alla novella del 2009, rilevando, invece, la sussistenza dell'illecito penale anche per il cittadino irregolare, *ex art. 6, co. 3 t.u. imm.*⁶⁰⁷.

Il *punctum dolens* è, infatti, rappresentato dalla percorribilità dell'incidente di esecuzione *ex art. 673 c.p.p.*, ai fini della revoca della sentenza di condanna per intervenuto mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite *Alecev*.

Le posizioni della dottrina sono fondamentalmente di due tipi:

(a) *tesi negativa*: una parte della dottrina tende a fornire una risposta negativa al quesito di fondo, evidenziando come il giudice dell'esecuzione non possa rimediare all'errore di diritto in cui sia incorso il giudice della cognizione sia nel caso di espressa esclusione di abrogazione della fattispecie penale, sia nel caso di omessa pronuncia, atteso che, valutando anche in tale ipotesi la legittimità dell'intervento di revoca *in executivis*, dilaterrebbe ed espanderebbe "*praeter legem* le funzioni del giudice dell'esecuzione, fino a renderlo garante della legalità dell'esito sanzionatorio e forzarne il ruolo di (ulteriore) controllo permanente della legittimità del titolo esecutivo"⁶⁰⁸.

collaterale del nuovo reato di clandestinità". Per lo straniero clandestino, l'onere di mostrare i documenti configura un vero e proprio "obbligo di autoincolpazione", che si pone in contrasto con il principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere* e, pertanto, "l'aver introdotto il reato di clandestinità rende non punibile per lo straniero il rifiuto di eseguire condotte, come l'esibizione dei documenti, che hanno come necessaria conseguenza quella di autoaccusarsi del nuovo reato". Cfr. MASERA, "*Terra bruciata*", *attorno al clandestino*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, (a cura di) Mazza e Viganò, Torino, 2009, p. 60 ss., nonché GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1337. Ritiene invece configurabile un concorso di reati tra l'incriminazione di cui all'art. 6, co. 3 e quella contemplata dall'art. 10-bis, PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, (a cura di), Giunta e Marzaduri, Milano, p. 349.

⁶⁰⁷ Cfr. *ex multis* GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 238.

⁶⁰⁸ Secondo tale impostazione, quindi, il giudice dell'esecuzione è legittimato ad intervenire, "ma non sostituendo sue valutazioni a quelle operate, anche implicitamente, dal giudice della cognizione". In altri termini, il giudice dell'esecuzione non può rimediare all'errore di diritto in cui sia incorso il giudice della cognizione: presupposto è dunque che l'abrogazione della norma incriminatrice sia intervenuta successivamente al passaggio in giudicato. Cfr. SANTALUCIA, *Osservazioni a Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, Alecev*, cit., p. 2884 ss. Nel caso di specie, pertanto, "se si ammettesse la revoca *in executivis* della condanna pronunciata dopo la novella normativa del 2009, si avrebbe non già un'estensione interpretativa dell'art. 673 c.p.p., di cui può e deve discutersi, quanto l'alterazione dei rapporti tra fasi, segnate dalla formazione del giudicato con pienezza della sua efficacia preclusiva". Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 238. Secondo una diversa ricostruzione dogmatica, si profilava una parziale apertura limitatamente al caso di omessa pronuncia da parte del giudice della cognizione: in tale ultima ipotesi si riconosceva la percorribilità della via esecutiva, laddove il fenomeno abrogativo fosse avvenuto dopo la novella legislativa e prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Cfr. CORBI,

Secondo, invece, (b) *la tesi affermativa*, il giudice dell'esecuzione avrebbe potuto liberamente accertare e valutare la sussistenza di un'intervenuta *abolitio criminis*, per il tramite delle maglie dell'art. 673 c.p.p., atteso che, secondo tale disciplina, contrariamente a quanto sancito ai sensi degli artt. 671 e 675 c.p.p., non si prevedono limiti ostativi al raggio operativo del giudice dell'esecuzione: in altri termini, ritenere inammissibile la revoca della condanna *ex art. 673 c.p.p.* “in tutte le ipotesi in cui la pronuncia è stata omessa durante la cognizione, si esaspera in nome del giudicato la diseguaglianza di trattamento punitivo che la disciplina sostanziale tende ad evitare”⁶⁰⁹.

Di tale avviso è anche il Tribunale di Torino, nel caso *Amechi*: con ordinanza del 30 gennaio 2012, il giudice *de quo* solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella misura in cui non si prevede l'ammissibilità della revoca della condanna in caso di mutamento favorevole delle Sezioni Unite, sollecitando, quindi, il giudice costituzionale all'accoglimento delle questioni prospettate, per il tramite di una pronuncia additiva, in conformità ai parametri costituzionali 3, 10, 11, 117, co. 1 Cost.⁶¹⁰. È evidente come la soluzione a tale snodo concettuale ricada necessariamente, non solo sulla possibile rilevanza del mutamento giurisprudenziale favorevole *in*

L'esecuzione nel processo penale, cit., p. 333; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 278.

⁶⁰⁹ Si è ritenuto, pertanto, applicabile lo strumento di cui all'art. 673 c.p.p., non solo nel caso di omessa pronuncia da parte del giudice della cognizione, ma anche in caso in cui l'abrogazione sia stata esclusa in modo erroneo, pure in sede di legittimità, ad opera della Cassazione. Cfr. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in *Trattato di procedura penale*, cit., p. 232 ss., nonché CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 333.

⁶¹⁰ Cfr. Tribunale di Torino, ord. 30 gennaio 2012, con nota redazionale, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2012. Il substrato argomentativo del giudice rimettente si fonda essenzialmente sulle conclusioni “avanguardistiche” delle Sezioni Unite 13 maggio 2010, nel caso *Beschi*, in cui si è affermato, in relazione alla disciplina dell'indulto *in executivis*, che “il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata” Ulteriori argomenti considerati, richiamano necessariamente l'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale, dal caso *Scoppola* (n. 2) *c. Italia* al *case law Previti c. Italia*, in forza dei quali la Corte di Strasburgo, oltre a ribadire come il concetto di “legge” sia di natura sostanziale, ricomprendendo sia il formante legislativo sia quello giurisprudenziale, ha elevato la portata applicativa del principio di retroattività della *lex mitior* a corollario cardine del principio di legalità convenzionale. Cfr. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, cit., p. 232 ss. A tale orientamento, una parte della dottrina, vi riconduce anche il pensiero di Cordero, sostenendo che “sotto la previgente disciplina non poteva avere alcuna influenza, sotto il profilo del procedimento di esecuzione, l'abrogazione intervenuta prima della decisione di condanna definitiva (il giudicato “inghiottiva” gli *errores in iudicando*). Nel nuovo sistema codicistico, invece, non si può dare alcuna importanza alla circostanza che l'abrogazione si sia prodotta prima o dopo la sentenza irrevocabile; aggiungendo poi che tale affermazione appare conforme oltretutto alla direttiva estremamente flessibile seguita dal codice”. Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 246.

executivis, ma sulla stessa ammissibilità ad elevare il formante giurisprudenziale a fonte del diritto. Questione che la Corte costituzionale, così come in altre occasioni già esaminate – ritiene di rispedire al mittente, rigettando le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., secondo tale ordine di argomentazioni:

(a) la novella legislativa del 2009 non avrebbe comportato un'*abolitio criminis*, bensì una forma di *abrogazione sine abolitione*, potendo essere ricondotta la previsione dell'art. 6, co. 3 t.u. imm. alle ipotesi più generali degli artt. 221 t.u.l.p.s. e 294 reg. t.u.l.p.s.⁶¹¹; (b) nel caso di specie non poteva parlarsi di mutamento giurisprudenziale, atteso che in precedenza alle Sezioni Unite *Alecev*, la giurisprudenza di legittimità si presentava non allineata e disomogenea; più che di mutamento giurisprudenziale – secondo il giudice costituzionale – si tratterebbe di un'interpretazione giurisprudenziale creativa; (c) il mutamento giurisprudenziale favorevole esulerebbe al raggio di operatività dell'art. 673 c.p.p., il quale annovera, tra le forme di revoca *in executis*, unicamente l'*abolitio criminis* e la dichiarazione di illegittimità di una norma incriminatrici, ipotesi ben diverse da quella in esame; (d) l'esclusione del formante giurisprudenziale quale co-produttore di norme giuridiche non colliderebbe con l'art. 117, co. 1 Cost., nella misura in cui dare ingresso alla fonte giurisprudenza, per quanto in linea con l'orientamento consolidato della giurisprudenza sovranazionale, in ordine all'art. 7 Cedu, colliderebbe con il principio di riserva di legge, *ex art. 25, co. 2 Cost.*⁶¹².

3.15.1. L'applicabilità dell'art. 673 c.p.p.: in quali margini?

Nonostante la presa di posizione della Corte costituzionale, la quale ha rigettato *ab origine* la questione, parte della dottrina ha tentato di ipotizzare soluzioni alternative e diversificate⁶¹³.

La dottrina distingue la rilevanza di tale fenomeno a seconda di due casi:

⁶¹¹ Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con nota di NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, p. 164 ss., nonché GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 241.

⁶¹² Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

⁶¹³ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 258 ss.

(i) il mutamento giurisprudenziale interviene rispetto ad un testo normativo immutato: ciò che muta è, infatti, unicamente l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità in ordine al medesimo dato normativo⁶¹⁴;

(ii) il mutamento della giurisprudenza interviene a seguito di un'innovazione legislativa: come nel caso esaminato sopra, in un primo momento le sezioni semplici interpretano la novella legislativa di cui all'art. 6, co. 3 t.u. imm. nel senso di escludere l'abrogazione della fattispecie per il cittadino irregolare, in un secondo momento, invece, in ragione di un contrasto tra sezioni semplici, le Sezioni Unite intervengono, rilevando un'ipotesi di parziale *abolitio criminis*⁶¹⁵.

Nel primo caso, non è percorribile l'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., ai fini della revoca della sentenza, il giudice dell'esecuzione se investito della questione deve dichiarare l'istanza inammissibile⁶¹⁶.

Laddove, invece, si ricada nella seconda ipotesi, è possibile immaginare margini di apertura per la revoca della sentenza di condanna (i) per tutti i fatti commessi successivamente alla novella del 2009, le cui pronunce di condanna siano divenute definitive prima delle Sezioni Unite (ii) ovvero per i fatti commessi dopo la pronuncia delle Sezioni Unite (iii)⁶¹⁷.

Nella prima tipologia di casi, non si pone nemmeno il problema dell'incompatibilità del giudice dell'esecuzione a decidere rispetto alla determinazione del giudice della cognizione, il quale abbia o meno escluso l'abrogazione, atteso come il principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite sia successivo; nella seconda tipologia di casi, invece, si ritiene come, in virtù del principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite, sia ammissibile configurare in capo al giudice dell'esecuzione la possibilità di rilevare l'intervenuta ipotesi di *abrogatio criminis*, anche in presenza di una determinazione contraria del giudice della cognizione, per non frustrare oltremisura le istanze del singolo rispetto all'intangibilità del giudicato di condanna, a fronte di un

⁶¹⁴ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 262.

⁶¹⁵ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 263-268. A riguardo, anche DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 52; MENGONI L., *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 149; PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994, p. 495 ss.; MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, (a cura di), Lipari, 2006, p. 56.

⁶¹⁶ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 268-272.

⁶¹⁷ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 268.

mutamento giurisprudenziale, che, in quanto “diritto vivente”, concorre a rendere determinata, prevedibile e riconoscibile la fattispecie penale⁶¹⁸.

3.15.2. *Le posizioni avanguardistiche della dottrina: per un’efficacia “tendenzialmente” vincolante del precedente.*

Nei Paesi di *civili law* vige la prassi del *precedente persuasivo* e non il principio del *precedente vincolante (stare decisis)*.

Secondo la teoria del *precedente persuasivo*, il giudice non è tenuto a rispettare le pronunce prima rese, ma può discostarsene laddove non ne dovesse risultare “persuasivo”⁶¹⁹. Nel sistema di *common law*, invece, il giudice successivo è obbligato a seguire le decisioni – o meglio, il principio di diritto o *ratio decidendi* – rispetto ad analoghe questioni già affrontate dalle corti superiori: le tecniche per dissociarsi da un precedente giudiziale sono ormai note, quali, *in primis*, il ricorso al *distinguishing*, per evidenziare la diversità del caso affrontato rispetto ai precedenti, ovvero all’ipotesi di *overruling*, per discostarsi da un precedente orientamento giurisprudenziale ritenuto erroneo⁶²⁰.

Nel nostro sistema, in virtù del disposto costituzionale di cui all’art. 101, co. 2 Cost., per cui si prescrive la soggezione del giudice soltanto alla legge, vige un divieto assoluto di legittimare l’ingresso, anche surrettizio, del formante giurisprudenziale a fonte del diritto e, pertanto, si esclude qualsiasi ipotesi di vincolatività del precedente giudiziale: principio ancora più pregnante ai fini della materia penale, in cui, una teoria del vincolo del precedente violerebbe il principio costituzionale della riserva di legge, *ex art. 25, co. 2 Cost.*, atteso che “il precedente giurisprudenziale dovrebbe essere

⁶¹⁸ Questioni peraltro riprese dalla recentissima sentenza delle Sezioni Unite, 23 giugno 2016 (ud. 29 ottobre 2015), n. 26259, con cui la Consulta, risolvendo un contrasto giurisprudenziale insorto in ordine alla possibilità, per il giudice dell’esecuzione, di revocare per *abolitio criminis*, una sentenza di condanna emessa nei confronti di uno straniero irregolare per il reato di cui all’art. 6, co. 3 t.u. imm. hanno affermato il seguente principio di diritto: “*Il giudice dell’esecuzione può revocare, ai sensi dell’art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l’entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorchè l’evenienza di abolitio criminis non sia stata rilevata dal giudice della cognizione*”.

⁶¹⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 252, nonché CADOPPI, *Il valore del precedente vincolante nel diritto penale*, Torino, 2014, II ed., p. 161 ss.; ID., *Common law e principio di legalità penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, 2007, p. 1161 ss.

⁶²⁰ Cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente vincolante nel diritto penale*, cit., p. 278.

equiparato in sostanza ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore⁶²¹.

A sostegno di tale interpretazione, *de iure condito*, sovviene anche il confronto con la giurisdizione civile, in relazione alla innovazione legislativa apportata all'art. 374, co. 3 c.p.c., ad opera del D.lgs. n. 40 del 2006, con cui si prescrive un meccanismo di raccordo tra le sezioni semplici e le Sezioni Unite, in prospettiva di rafforzamento della funzione nomofilattica a favore di quest'ultime: si stabilisce infatti che “se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”⁶²².

È evidente come nell'attuale assetto costituzionale, anche in materia civile, tale innovazione legislativa non possa essere interpretata se non come strumento di vincolo per le sezioni semplici a motivare il proprio dissenso e non possa fungere da vincolo quale precedente vincolante, atteso che, ad oggi, non sia previsto nemmeno nessun tipo di “sanzione” nei confronti del mancato rispetto dell'obbligo di rimettere la questione alle Sezioni Unite e di uniformarsi al principio di diritto da esse enunciato⁶²³.

Se è vero che lo stato dell'arte in materia è così delineato, l'attuale scenario giuridico sembrerebbe condurre a risultati radicalmente opposti: è innegabile, infatti, che si stia assistendo ad un mutamento complessivo del sistema giuridico e del suo paradigma normativo; la discrasia tra il diritto *in the books*, così come espresso in astratto dalle disposizioni, rispetto alle norme così come interpretate dalla giurisprudenza, *in action*, è sempre più evidente: basta pensare sul versante sovranazionale, all'interpretazione evolutiva del concetto di materia penale, ovvero di

⁶²¹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 253-254.

⁶²² Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.

⁶²³ In tal senso si sono espresse, le Sezioni Unite civili, con la pronuncia dell'11 luglio 2011, n. 15144, in tema di mutamento giurisprudenziale rispetto a norme processuali, per cui si ribadisce come “il precetto fondamentale della sottoposizione del giudice soltanto alla legge impedisce di attribuire alla interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte di diritto”; principi poi ripresi dalla sentenza della Corte costituzionale, in precedenza commentata, in cui si ribadisce come le decisioni delle Sezioni Unite abbiano esclusivamente “un'efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza, che “a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo di nomofilattica resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni Unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è accaduto”. Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con nota di NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, cit., p. 164 ss.

legge/diritto ai fini del principio di legalità *ex art. 7 Cedu* che ha condotto al ripensamento delle stesse categorie penalistiche sul fronte interno.

Non si dimentichi, infatti, che per effetto della sentenza *Scoppola (n.2) c. Italia*, la giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite in concerto con la Corte costituzionale ha dato esecuzione nel nostro ordinamento, *in primis*, per il caso concreto di Scoppola, e, poi, in un secondo tempo in relazione ai casi analoghi, ad un mutamento giurisprudenziale favorevole, in favore del quale si è giunti ad annoverare l'art. 442, co. 2 c.p.p. in materia di riduzione della pena in caso di opzione per il rito alternativo tra le disposizioni a cavaliere con il diritto sostanziale, suscettibile di soggezione al principio di retroattività della *lex mitior ex art. 7 Cedu* e non *ex art. 2, co. 4 c.p.*, atteso che la portata applicativa del principio si è estesa anche *in executivis*; medesime conclusioni avrebbero potuto svilupparsi in relazione al caso *Contrada (n.3) c. Italia*, laddove il ricorrente fosse stato detenuto in esecuzione di pena: nel caso concreto, i risvolti applicativi, per quanto possano essere stati ampiamente dibattuti in dottrina, sono stati, tuttavia, limitati, atteso che la situazione del ricorrente si è risolta unicamente con l'indennizzo pecuniario e, ad oggi, non constano concrete situazioni di casi analoghi (*c.d. "fratelli minori" di Contrada*)⁶²⁴.

⁶²⁴ Il vero banco di prova, in una prospettiva, *de iure condendo*, è rappresentato, quindi, dal riconoscimento – con implicazioni di scelte fortemente innovative rispetto agli schemi tradizionali – della portata applicativa “tendenzialmente” vincolante della giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, secondo un raggio operativo circoscritto da canoni certi e predeterminati: la valenza “vincolante” della giurisprudenza di legittimità può essere, infatti, attribuita esclusivamente a quelle pronunce della Cassazione che rappresentano il *c.d. “diritto vivente”* in materia penale, ovverosia “il diritto vigente come interpretato e applicato dai giudici”. La nozione di diritto vivente è, infatti, correlata a “quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con speciale riguardo alle decisioni della Corte di cassazione, sulla scorta del compito di nomofilachia assegnatogli dall’ordinamento giudiziario”. Si tratterebbe, quindi, di individuare una collocazione sistematica alle ipotesi di mutamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite *in bonam partem* rispetto alla declaratoria di forme di abrogazione parziali o integrali di fattispecie incriminatrici, per il tramite delle maglie del combinato disposto dell’art. 2, co. 2 c.p. e 673 c.p.p., cui operazione richiederebbe la ricerca di un raccordo, o quanto meno, di un avallo della Corte costituzionale, ad oggi, inamovibile. Al pari, estendendo una forma di copertura ai mutamenti favorevoli, l’art. 2 c.p. diverrebbe la norma chiave di copertura per il divieto di mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, nel rispetto del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo, in una prospettiva di perspective *overruling*. Parte della dottrina ipotizza, in prospettiva *de iure condendo*, di ripensare all’attuale assetto giurisdizionale delle Sezioni Unite, ipotizzando, al pari del meccanismo espresso, in ambito civile, *ex art. 374, co. 3 c.p.c.*, di prevedere un meccanismo, nelle maglie del codice di rito penale, che consenta di attribuire vincolatività ai precedenti delle Sezioni Unite, configurando un obbligo in capo alle sezioni semplici di rimessione in caso di dissenso. Al fine di rendere effettivo tale innovazione, diviene fondamentale prevedere delle forme di “sanzione” all’obbligo di rimessione, prevedendo la possibilità di “annullare” la sentenza difforme dall’orientamento delle Sezioni Unite, per il tramite di una forma di impugnazione *ad hoc*, secondo alcuni, individuabili nella maglie dell’art. 625 c.p.p. in materia di ricorso straordinario. Si ritiene, invece, che la rimodulazione dei rapporti tra sezioni semplici e Sezioni Unite troverebbe la sua collocazione

Le implicazioni pratiche della pronuncia *de qua* avrebbero potuto esplicitare effetti notevolmente più rilevanti, nella misura in cui il giudice, in esecuzione del *dictum* europeo *ex art. 46 Cedu*, avrebbe dovuto individuare il meccanismo normativo che gli consentisse di dichiarare inesequibile il titolo esecutivo, con l'immediata scarcerazione del prevenuto; incidenza sul giudicato determinata per effetto dell'elevazione del formante giurisprudenziale a fonte di produzione di fattispecie incriminatrici.

Il mutamento del paradigma normativo si rileva, altresì, nella previsione contraria, ovvero sia nel riconoscimento del divieto di efficacia retroattiva di un mutamento giurisprudenziale in *malam partem* sull'esecuzione della pena: basta pensare al *case law Del Rio Prada c. Spagna*, in cui sempre per il tramite dell'art. 7 Cedu, riconducendo nell'alveo del diritto sostanziale, l'istituto penitenziario della *redención de penas por trabajo*, ha negato gli effetti sfavorevoli dell'interpretazione giurisprudenziale maturata intorno a tale istituto.

Ad un'analisi delle ricadute della giurisprudenza sovranazionale, è evidente come, ad oggi una parte della dottrina, supportata dalla posizione della Corte costituzionale (sent. n. 230/2012), tenti di negare qualsivoglia valenza applicativa al fenomeno del mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite, sulla base di argomentazioni, che, poi al contrario, vengono riprese per avallare l'esecuzione delle

naturale all'interno dell'art. 618 c.p.p., nonché specularmente agli artt. 65-66 ord. giud. (*id est*: r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), sostituendo l'inciso "può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite", con la diversa formulazione "è tenuto", al pari dell'analogo art. 374, co. 3 c.p.c. L'ipotesi "sanzionatoria" dovrebbe essere, invece, ripensata quale forma impugnatoria straordinaria ad hoc, non all'interno dell'art. 625-*bis* c.p.p., bensì in un'ipotesi normativa separata ed autonoma (*id est*: seguendo l'attuale numerazione codicistica, potrebbe collocarsi post art. 625-*ter* c.p.p. in punto di rescissione del giudicato, *ex art. 625-*quater** c.p.p.), atteso che nel caso di specie, la sezione semplice disattendendo l'obbligo di rimessione alle Sezioni Unite, non incorre in un errore sulla percezione e/o valutazione degli elementi materiali del fatto, ma nella violazione del principio di diritto (*id est*: *error in procedendo*), sancito ai sensi dell'art. 618 c.p.p., così come sopra rimodulato, in prospettiva *de iure condendo*. Tale prospettiva, per quanto possa risultare complessa, non rappresenta un futuro così lontano, atteso come la rimodulazione dell'assetto sezioni semplici/Sezioni Unite, anche in funzione del rapporto con la Corte costituzionale, rappresenti, ad oggi, uno dei temi più dibattuti dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza, impegnata, in prima linea, alla creazione di un dialogo con la categoria dogmatica per la razionalizzazione dei propri poteri, nonché delle proprie competenze, alla luce del ruolo acquisito di co-produttrice del diritto. Il ripensamento dei rapporti sezioni semplici/Sezioni Unite, per il tramite della creazione di un obbligo "gerarchico" di adesione al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, avrebbe delle ricadute notevolmente positive sul piano della coerenza del sistema, il quale ne beneficerebbe sia nei rapporti con la Corte costituzionale, fornendo alla stessa un background interpretativo consolidato sia in relazione al panorama internazionale, rispetto alla valutazioni delle Corti europee sulla normativa interna, la quale si presenterebbe, quindi, come un apparato normativo (*id est*: disposizioni + interpretazione consolidata/ "diritto vivente") coeso e coerente, connotato, altresì da fattispecie determinate, le cui conseguenze risultano altrettanto prevedibili e riconoscibili nel più ampio e garantista principio di legalità *ex art. 7 Cedu*.

pronunce delle Corti europee, come, in altri termini, vietare l'ingresso di un fenomeno, che, in realtà, è già operante, su un altro versante, tra l'altro esterno, nel nostro ordinamento.

Possibili argomentazioni per il riconoscimento di una portata “vincolante” del mutamento della giurisprudenza di legittimità delle Sezioni Unite in *favor rei*, si colgono in fase esecutiva, laddove le resistenze basate sulla difesa di un'interpretazione restrittiva degli artt. 101, co. 2 e 25, co. 2 Cost. interagiscono con la funzione rieducativa della pena *ex art. 27, co. 3 Cost.* e con l'esigenza di personalizzazione del trattamento punitivo, in aderenza al principio di colpevolezza, che deve essere attuato, anche per il tramite di meccanismi normativi funzionali ad una maggior “flessibilizzazione” (*id est*: personalizzazione) della pena a carico del singolo prevenuto: *in executivis*, infatti, il comando punitivo si concretizza, la disposizione astratta, che “vive”, anche per il tramite dell'interpretazione giurisprudenziale, cala sul singolo e diviene comando punitivo concreto.

IV.

L'ESECUZIONE PENALE TRA PROCESSO E PENA

in prospettiva de iure condendo

Soltanto negli ultimi tempi l'esecuzione penale è andata assumendo nel nostro ordinamento una rilevanza di primo piano, finalmente affrancandosi da quella situazione di completo subordinate rispetto al processo di cognizione che ne aveva da sempre caratterizzato il ruolo.

[GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, p.1]

SOMMARIO: 4.1. L'esecuzione penale: il campo d'indagine. – 4.2. L'esecuzione nel codice Rocco. – 4.3. Il mutamento del paradigma esecutivo ad opera della Costituzione: il “giusto processo”. – 4.3.1. Dal “giusto processo” all’“esecuzione leale”. – 4.4. Le soluzioni alternative prospettate in seno al codice di rito. Il (rifiuto del) processo bifasico. – 4.4.1. (*Segue*) Il “prototipo” bifasico statunitense. – 4.5. L'esigenza di un cambiamento: la (mancata) riforma del 1988. – 4.6. Dalle criticità passate ai problemi attuali: la perdurante “crisi” della pena. – 4.6.1. (*Segue*) Soluzioni *de iure condendo*: verso il giudizio sulla pena.

4.1. L'esecuzione penale: il campo d'indagine.

Come si è visto, il concetto di giudicato valutato come fenomeno a se stante non riesce a cogliere compiutamente la complessità dell'esecuzione della pena: tale istituto processuale deve, infatti, essere necessariamente rapportato alla fase esecutiva, anche perché è proprio in relazione alla sua dimensione dinamica (e non statica dell'accertamento) che il giudicato risente dei mutamenti e delle trasformazioni della pena in fase esecutiva. Il termine di raffronto del giudicato diviene dunque l'esecuzione della pena, finendo ad essere solamente “uno dei presupposti della vicenda esecutiva”⁶²⁵.

⁶²⁵ Cfr. SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in *Trattato di procedura penale*, Vol. VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere* (a cura di), Kalb, Torino, 2009, p. 163. Per un approfondimento, cfr. altresì CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 3 ss.; CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 202 ss.; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2007, p. 507 ss.; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 61 ss.; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, 2003, p. 14 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1227 ss.; DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 796;

A livello definitorio, quindi, l'esecuzione della pena diviene “la configurazione giuridica che assume il fenomeno attuativo dei provvedimenti del giudice penale”, consistente “nel compimento obbligatorio e officioso di quell'insieme di operazioni previste dalla legge, affinché diventi attuale e concreto il comando espresso dalla decisione”⁶²⁶. Il fenomeno esecutivo è strettamente connesso con il processo: in mancanza, infatti, delle attività esecutive, il comando rimarrebbe un dato di mera ricognizione; “in pratica, sarebbe *inutiliter datum*, atteso che il processo penale non produrre i suoi effetti, che non possono certo esaurirsi nel mero accertamento di situazioni soggettive e devono esplicitarsi sino a provocare le reali conseguenze di tale accertamento”⁶²⁷. Ne consegue che “l'esistenza di regole della fase esecutiva si pone come necessità logico-naturale per l'esistenza del processo medesimo e per la sua completezza di meccanismo accertativo-dispositivo dell'esistenza di un fatto-reato, di una responsabilità e di una pena”⁶²⁸.

In armonia con le previsioni codicistiche, è possibile considerare esecuzione penale quella “fase che comprende, in maniera unitaria, tutte le attività necessarie perché il comando di tipo sanzionatorio penale divenga effettivo e continui a esserlo nei suoi limiti ed estremi originari (*esecuzione in senso stretto*), nonché quelle che si risolvono nell'assumere e realizzare i provvedimenti che, a seguito della concessione di misure alternative o del controllo sull'esistenza e persistenza della concessione della pericolosità sociale, comportano la modificazione della pena e delle misure di sicurezza irrogate dal predetto comando (*esecuzione penitenziaria/”rieducativa”*)⁶²⁹.

Una parte della dottrina individua una distinzione peculiare tra *esecuzione in senso formale* ed *esecuzione in concreto*: con la prima espressione si intendono “tutte le attività necessarie a rendere operativo il comando” a contenuto sanzionatorio “ed a

DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 16 ss.; DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 143 ss.; GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 545 ss.; ID., *Esecuzione penale*, Milano, 2005, II ed., p. 49 ss.; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 429 ss.; PAVARINI-GUAZZALOCA, *L'esecuzione penitenziaria*, in Bricola-Zagrebelsky, (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, p. 403 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 757 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, p. 778 ss.; TRANCHINA, *L'esecuzione*, in Siracusano-Galati, Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004, p. 581 ss.

⁶²⁶ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 3.

⁶²⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, 1960, p. 314 cit. in CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 4.

⁶²⁸ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 4.

⁶²⁹ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 4.

mantenerlo o meno tale”; con la seconda locuzione, invece, si ricomprendono l’insieme delle attività che realizzano in concreto il comando punitivo stesso⁶³⁰.

4.2. L’esecuzione nel codice Rocco.

La disciplina dell’esecuzione penale risulta un “prodotto” normativo, nella misura in cui la sua regolamentazione dipende *essenzialmente* dalla stessa concezione che l’ordinamento adotta di giudicato e dall’enfaticizzazione (o meno) della finalità rieducativa della pena rispetto alle istanze general-preventive ed alle teorie retribuzionistiche⁶³¹.

La concezione di un’esecuzione penale *nel processo e funzionale allo stesso*, è un approdo recente che, come è noto, si afferma solamente a partire dalla riforma del codice di rito del 1988: “Ciò si verifica, in primo luogo, a seguito della strutturazione della esecuzione stessa come *fase*, anche se non del processo (che è e resta solo quello di cognizione), quantomeno *dell’iter procedimentale diretto alla attuazione ed applicazione della legge penale al caso concreto*”⁶³². Esiste, infatti, un legame *funzionale* “tra ciò che si concepisce come processo (la cognizione) e ciò che invece al processo stesso si ritiene non appartenere (l’esecuzione): legame funzionale che induce il legislatore a regolare nel contesto della disciplina processuale le attività di completamento del comando, pur affidandole ad organi diversi dal giudice”⁶³³.

Accanto ad attività processuali funzionali all’attuazione del comando sanzionatorio, la fase dell’esecuzione è destinata ad “ospitare, infatti, attività e

⁶³⁰ Per ulteriori distinzioni, cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 32.

⁶³¹ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 7. In senso analogo, cfr. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 31; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 4; DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 2; GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 32; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 10.

⁶³² Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 7. Per un approfondimento sull’impostazione normativa dell’esecuzione penale, secondo l’impianto del codice Rocco, cfr., *ex multis*, CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Milano, IV ed., 1998, p. 79 ss.; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, IV ed., 1966, p. 358 ss.; FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, III ed., 1939, p. 571 ss.; GIANZI, *L’incidente nella esecuzione penale*, Napoli, 1965, p. 15 ss.; GUARNIERI, *Misure di sicurezza (Diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 785 ss.; LEONE G., *Diritto processuale penale*, Napoli, 1968, VII ed., p. 587 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 918 ss.; SANTORO, *L’esecuzione penale*, Torino, 1953, p. 74; ZUCCALÀ, *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, p. 131 ss.

⁶³³ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 7, nonché ; DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 2.

provvedimenti che incidono in senso modificativo⁶³⁴ sul contenuto del comando stesso: l'incidenza sul contenuto materiale del comando punitivo in esecuzione è un portato innovativo della riforma del 1988, atteso che nell'impianto originario del codice Rocco vigeva una regola di tendenziale stabilità ed immodificabilità della sanzione irrogata in sede cognitiva: "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*"⁶³⁵.

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 clemenziali⁶³⁶. A risentire degli effetti di tale impostazione, è stato, in primo luogo, il ruolo del giudice dell'esecuzione, il quale assolveva funzioni meramente integrative rispetto al provvedimento da esso adottato nel processo di cognizione, quale "fedele custode del giudicato, egli ne forniva l'interpretazione autentica e rimuoveva gli eventuali ostacoli alla sua pratica attuazione"⁶³⁷.

Come riporta la dottrina: "la non appartenenza dell'esecuzione in concreto al processo si poneva come pacifica e la conseguente obiettiva lontananza dal processo stesso delle regole che la disciplinano, escludevano ogni possibile problema relativo all'intervento del giudice e quindi alla eventuale classificazione delle attività in questione come aventi natura giurisdizionale"⁶³⁸. Per ciò che concerne, infatti, l'esecuzione della pena detentiva, si doveva far riferimento, in parte, alla legge processuale, in parte al *Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena*, con l'attribuzione al pubblico ministero di compiti essenzialmente amministrativi e

⁶³⁴ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 8.

⁶³⁵ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 9.

⁶³⁶ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 9, in cui gli autori precisano: «Così, all'epoca della codificazione fascista l'esasperata valorizzazione del risultato dell'accertamento giudiziario preconizzava il taglio minimalista dell'esecuzione penale: giudicata mera appendice del processo, e quindi regolata ai margini del sistema, la fase esecutiva era considerata il suggello burocratico del diritto penale materiale e precisamente "della sanzione che consegue al reato e che il giudice determina nella sua pronunzia"; priva insomma dei connotati tipici della giurisdizione, tale fase esibiva natura semplicemente amministrativa, accogliendo al suo interno attività soltanto attuative della *res iudicata* ed estranee, per ciò stesso, ai modelli di accertamento propri del processo di cognizione».

⁶³⁷ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁶³⁸ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

consistenti nella “vigilanza” sulla gestione dell’esecuzione della pena detentiva e del sistema penitenziario⁶³⁹.

Si ricorda, inoltre, come all’interno dell’ufficio del pubblico ministero, il legislatore del 1930 poneva anche il giudice di sorveglianza, il quale, istituito in conseguenza all’introduzione delle misure di sicurezza nel sistema sanzionatorio penale e col compito specifico di sovrintendere l’applicazione ed esecuzione di tali misure, aveva compiti di natura meramente burocratica («sulla falsariga di una costruzione teorico-legislativa che aveva i suoi precedenti nelle ipotesi della cosiddetta “volontaria giurisdizione” del processo civile»⁶⁴⁰).

È evidente, quindi, come riporta Dean, che: “l’assenza di spazi giurisdizionali *in executivis* finisce per consegnare la scena ad organi cui era istituzionalmente congeniale esercitare funzioni amministrative in ambito giudiziario: anzitutto, al pubblico ministero, protagonista incontrastato della fase, al quale competeva portare a compimento la pretesa punitiva statale, garantendo tempestiva attuazione al comando contenuto nella sentenza irrevocabile; secondariamente al Ministro di grazia e giustizia⁶⁴¹, il cui potere di intervento, sebbene limitato alle specifiche ipotesi di revoca anticipata della misura di sicurezza⁶⁴², della concessione della liberazione condizionale⁶⁴³, nonché della sospensione dell’esecuzione nei confronti del condannato

⁶³⁹ Istituito dal codice di procedura penale del 1930, *ex art.* 585, che ne individuava la sede “presso ciascun tribunale e negli altri luoghi designati con decreto del ministero della giustizia”, il giudice della sorveglianza svolgeva funzioni contemplate all’art. 144 c.p.p. – “L’esecuzione delle pene detentive è vigilata dal giudice. Egli delibera circa l’ammissione al lavoro all’aperto e dà parere sull’ammissione alla liberazione condizionale” – e dall’art. 635, co. 1 c.p.p. – “I provvedimenti con i quali, fuori dall’istruzione o del giudizio, si applicano, si modificano, si sostituiscono o si revocano le misure di sicurezza e quelli relativi all’accertamento dell’identità personale ai fini delle dette misure sono di competenza del giudice di sorveglianza del luogo in cui si trova la persona da sottoporre o sottoposta a misura di sicurezza, quando la legge non stabilisce la competenza di un altro giudice”. Per un approfondimento, cfr. CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, cit., p. 79, nonché DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., nt. 4, p. 2.,

⁶⁴⁰ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 7.

⁶⁴¹ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 3. Oltre al ruolo amministrativo/burocratico del pubblico ministero, si segnala l’intervento significativo in tale fase del Ministero di grazia e giustizia.

⁶⁴² L’intervento del Ministro di grazia e giustizia riguardava l’ipotesi della revoca anticipata delle misure di sicurezza: “Anche prima che sia decorso il tempo corrispondente della durata minima stabilita dalla legge, la misura di sicurezza applicata dal giudice può essere revocata con decreto del Ministro di grazia e giustizia”: così disponeva l’art. 207, co. 3 c.p., prima che la Corte costituzionale del 23 aprile 1974, n. 110 ne dichiarasse l’illegittimità costituzionale nella parte in cui attribuiva siffatto potere al Ministro piuttosto che al giudice di sorveglianza. Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 3, nota 6.

⁶⁴³ Stabiliva, infatti, l’art. 43 disp. att. c.p.p. 1930 che: “la liberazione condizionale è concessa con decreto del Ministro di grazia e giustizia. Tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima

già incarcerato⁶⁴⁴, simboleggiava l'incondizionata investitura dell'apparato burocratico a gestire le sorti del reo in espiazione pena⁶⁴⁵.

Come è noto, tale impostazione non tardò ad entrare in crisi: le scelte di principio operate dall'Assemblea costituente ne minarono le fondamenta ideologiche, da un lato, sottraendo "la pena alla meccanica staticità del regime retributivo per collocarlo nelle feconde dinamiche del finalismo rieducativo", dall'altro, "riportando ai presidi della giurisdizione, un settore strategico dell'attività giudiziaria"⁶⁴⁶.

Ne scaturirono, quindi, "progressivi adattamenti della materia ad opera della Corte costituzionale, nelle cui elaborazioni riecheggia l'idea, sempre più diffusa in dottrina, che l'esecuzione penale coinvolgendo i diritti e le libertà della persona, non potesse prescindere dall'intervento del giudice e dalle forme della giurisdizione"⁶⁴⁷: è proprio la nuova fisionomia della pena ad imporre un radicale ripensamento delle attività *post rem iudicatam*, "il momento risocializzante, ponendosi come fattore di rottura nei confronti della logica meramente retribuzionistica, esige flessibilità nell'attuazione del contenuto della condanna e postulava, pertanto, una pluralità di garanzie sconosciute ad un sistema improntato all'applicazione del *dictum* giudiziale nella sua immutabilità"⁶⁴⁸.

4.3. Il mutamento del paradigma esecutivo ad opera della Costituzione. Il "giusto processo".

Il mutamento di sensibilità giuridica verso l'esecuzione penale, si esprime nel testo costituzionale tramite la previsione di un'autentica *riserva costituzionale di giurisdizione in materia di libertà personale*, con cui si prescrivono i requisiti fondamentali, in ragione dei quali è possibile operare una legittima restrizione della

da Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204. Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., nt. 7, p. 3.

⁶⁴⁴ Previsto dall'art. 589, co. 4 c.p.p. 1930 per cui il Ministro di grazie e giustizia di sospendere l'esecuzione della pena qualora l'ordine di carcerazione fosse già stato eseguito. Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., nt. 8, p. 3.

⁶⁴⁵ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 3.

⁶⁴⁶ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 4.

⁶⁴⁷ Si rimanda alle numerose pronunce sul punto, tra cui sent. 110 e 204 del 1974, n. 114 del 1979, n. 53 del 1968, n. 69 del 1970, n. 98 del 1982. Per un approfondimento, cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7. In senso analogo, cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., nt. 11, p. 4.

⁶⁴⁸ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 4.

libertà (*id est*: art. 13, “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”⁶⁴⁹). Prendendo le mosse da una avvenuta “costituzionalizzazione” del processo penale (e con esso anche del momento esecutivo), la disputa circa la natura amministrativa o giurisdizionale della fase esecutiva non può che considerarsi superata: tale fase – come riportato dalla dottrina – deve essere ritenuta giurisdizionale, “se vuole entrare entro i binari costituzionali”⁶⁵⁰.

Il punto nodale diviene, quindi, stabilire cosa si intenda per *giurisdizione penale* ed in che termini sia sovrapponibile (dal giudizio di cognizione) alla fase esecutiva: secondo la dottrina, per *giurisdizione penale* si indica: “l’attività avente ad oggetto la *verifica dei presupposti* per l’irrogazione di sanzioni penali (o comunque di misure a carattere afflittivo-punitivo) e la eventuale loro *irrogazione* e concreta *applicazione* in caso di accertata sussistenza di detti presupposti”⁶⁵¹, laddove la peculiarità della giurisdizione penale rispetto ad altre specie di giurisdizioni si radicherebbe “essenzialmente sul terreno della *natura* delle sanzioni irrogabili, trattandosi sempre di misure di carattere *lato sensu* afflittivo, non aventi finalità esclusivamente risarcitorie o restitutive”⁶⁵², pur assumendo le stesse carattere eterogeneo, di tal che al concetto di

⁶⁴⁹ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 8, in cui gli autori ribadiscono come in forza della “costituzionalizzazione” del processo penale: “Ne deriva che le attività di esecuzione penale devono possedere, perché sia rispettato il dettato costituzionale, una serie di garanzie giurisdizionali minime ricavabili dalla stessa Carta fondamentale”.

⁶⁵⁰ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 8.

⁶⁵¹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 34.

⁶⁵² Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36: si evidenzia come, ai fini della qualificazione dell’area di operatività della giurisdizione penale, sia irrilevante il *nomen* conferito attribuito alla sanzione, atteso che “occorre guardare ai suoi contenuti effettivi ed alla reale natura e, dunque, ai profili di afflittività che la sua applicazione comporta”: un esempio viene rinvenuto nella previsione normativa delle sanzioni interdittive previste a carico degli enti ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, le quali – nonostante fossero state ricondotte all’interno della riforma sulla responsabilità da reato delle persone giuridiche, etichettata come “responsabilità amministrativa” – presentano caratteristiche “non dissimili da alcune sanzioni espressamente dichiarate penali dall’ordinamento”. Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 37. In senso analogo, cfr. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, pp. 108-109, il quale estende il discorso alle nuove forme sanzionatorie, dovute al rinnovato interesse per le esigenze restitutorie-risarcitorie della persona offesa: basta pensare al microsistema sanzionatorio del giudice di pace, ai sensi del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 con cui si sono previsti istituti di composizione delle controversie quali l’estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (art. 35) e l’udienza di comparizione conseguente a ricorso al giudice di pace della persona offesa (art. 30). Si può pensare, inoltre, alle ipotesi di cui all’art. 17 del d.lgs. n. 231/2000 in cui si enumerano condotte riparatorie, che se poste in essere – prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado

attività giurisdizionale penale vanno ricondotti non soltanto i procedimenti applicativi di dette sanzioni, ma anche quelli che modificano od estinguono un trattamento afflittivo-punitivo precedentemente disposto”⁶⁵³.

Definizione volutamente lata, idonea a ricomprendervi sia le peculiarità del giudizio di cognizione sia quello esecutivo/“rieducativo”: le *garanzie procedurali minime* che dovrebbero – secondo la pronuncia n. 26 del 1999 della Corte costituzionale⁶⁵⁴ – uniformare l'intero svolgimento processuale verrebbero ad identificarsi (a) nell'esperibilità del contraddittorio, (b) nella stabilità del *decisum*, (c) nell'impugnabilità dei provvedimenti (almeno, mediante ricorso per cassazione, *ex art. 111, co. 7 Cost.*), precisando che “qualsivoglia restrizione della libertà personale non può comportare di per sé la ‘sospensione’ dei diritti della persona, o comunque il disconoscimento delle posizioni soggettive mediante un assoggettamento generalizzato dell'individuo all'organizzazione penitenziaria”⁶⁵⁵.

Dall'esame delle norme costituzionali e convenzionali, emergono due tratti essenziali della *giurisdizione penale*: (a) *la terzietà* (rispetto alle parti) ed *imparzialità* (rispetto agli interessi in gioco) dell'organo giudicante, quali garanzie della sua libertà nell'esercizio dell'attività di *ius dicere*, desumibili sia dagli artt. 101, co. 2 e 104, co. 1 Cost. sia, in via diretta ed immediata, dall'art. 111, co. 2 Cost., nonché dagli artt. 6, § 1 Cedu e 14, § 1 Patto intern.; (b) *il diritto di difesa*, *ex art. 24 co. 2 Cost.*, inteso anche in termini di diritto al contraddittorio quale “garanzia autonoma di partecipazione effettiva al processo per tutte le parti (*ex art. 111, co. 2-4 Cost.*, commi modellati sulla scia delle norme convenzionali, *ex artt. 6, § 3 lett. a), b), c), d) ed e) Cedu e 14, § 3 lett. a), b), d), e) e g) Patto intern.*)⁶⁵⁶.

(e non solo, cfr. *ex art. 65*) – determinano l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive. Non solo. Ai sensi dell'art. 168-*bis* c.p. si prevede, in ragione della recente riforma del 28 aprile 2014, n. 67, la possibilità per l'imputato di sospendere il procedimento penale a suo carico per accedere alla “messa alla prova”, tramite l'espletamento, tra le altre cose, di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato.

⁶⁵³ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36, nonché GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, pp. 108-109.

⁶⁵⁴ La Corte cost. con sent. dell'11 febbraio 1999, n. 26 ribadisce la concezione “secondo cui la restrizione della libertà personale non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione”. Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., nt. 68, p. 43.

⁶⁵⁵ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 43.

⁶⁵⁶ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 43 ss.

Tali garanzie, definite dalla dottrina come *principali* o *essenziali*⁶⁵⁷, si fondano ed intersecano con altre garanzie *collaterali*, “in quanto da un lato si legano saldamente al diritto di difesa e dall’altra si pongono come strumenti di verifica del corretto esercizio dei poteri decisorii conferiti al giudice”⁶⁵⁸: (a) *obbligo di motivazione* di tutti i provvedimenti giurisdizionali, *ex art. 111, co. 6 Cost.*; (b) *diritto al controllo giurisdizionale* sui provvedimenti conclusivi del processo e su quelli che condizionano la libertà personale, almeno, per la via dell’art. 111, co. 7 Cost.⁶⁵⁹.

L’impianto costituzionale della *giurisdizione penale*, delineato inequivocabilmente per il processo di cognizione, si connota in sede esecutiva del principio della rieducazione del reo, *ex art. 27, co. 3 Cost.*, la cui incidenza si è fisiologicamente riversata sulla stessa morfologia della fase: “Destinata”, infatti, “a ospitare vicende modificative, sostitutive o estintive della sanzione penale irrogata dal giudice della cognizione, la procedura esecutiva non poteva non assumere [...] cadenze giurisdizionali, pena l’aggiramento del principio *nulla poena sine iudicio* desumibile dall’art. 25, co. 2 Cost.”⁶⁶⁰.

La necessità di modificare la pena in esecuzione per adeguarne la portata alla specificità del singolo caso, in funzione dell’art. 27, co. 3 Cost., non è un aspetto esclusivamente sostanziale, ma interessa da vicino anche l’intera dinamica processuale post-cognitiva sia sotto il profilo della durata sia delle sue concrete modalità attuative, imponendo la creazione di meccanismi di controllo *in itinere* dei risultati del trattamento e l’estensione dei poteri (a partire dal codice Rocco istituzionalizzati) alla magistratura di sorveglianza, con la ridefinizione degli assetti dell’ordinamento penitenziario⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 41.

⁶⁵⁸ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 42.

⁶⁵⁹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 40.

⁶⁶⁰ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 9.

⁶⁶¹ Ovverosia con le leggi 26 luglio 1975, n. 354 e 10 ottobre 1986, n. 663: nella medesima ottica si pone indubbiamente la legge 27 maggio 1998, n. 165, con cui si è modificato l’art. 656 c.p.p., tramite la sospensione automatica dell’esecuzione ad opera del pubblico ministero, ogniqualvolta debba eseguirsi una pena detentiva non superiore a tre anni – o quattro anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 t.u. stup., anche se residuo di pena maggiore. Cfr., *infra*, p. 335 ss. Come è noto, tale innovazione ha comportato l’anticipazione cronologica dell’intervento della magistratura di sorveglianza, chiamata a valutare – *prima ancora che* abbia inizio la concreta esecuzione della pena – l’esistenza dei parametri che giustificano la concessione di una misura alternativa alla detenzione. A seguito, quindi, della già accennata “processualizzazione” del diritto penale, per cui, ad oggi, di fatto, il processo penale è diventato il mezzo “per formulare la diagnosi” dell’affermazione della responsabilità penale, giudizio su cui occorre poi “sorvegliare l’andamento della terapia” per adeguarla alle esigenze del caso: “*la dissoluzione del ‘mito*

Si afferma, quindi, pacificamente come l'attuazione della concezione costituzionalmente orientata della pena abbia determinato, quanto meno sul piano della dinamica processuale, un'espansione del ruolo degli organi giurisdizionali operanti *in executivis*, con l'attribuzione di poteri decisori in grado di incidere non solo sulle modalità di espiatione della sanzione penale irrogata, ma sullo stesso *quantum* di pena e sui tempi di applicazione, conferendo altresì alla stessa giurisdizione esecutiva una posizione dominante ai fini dell'attuazione del comando punitivo che assume dunque connotati di forte flessibilità in ragione dei possibili interventi (obbligati) sulla pena⁶⁶².

del giudicato, in tale contesto, non costituisce altro che l'effetto della 'assunzione a livello processuale del principio dell'individualizzazione del trattamento determinata dalla necessità di concretizzare il precetto contenuto nell'art. 27, co. 3 Cost. che ha inciso profondamente sulla maniera di considerare (e di utilizzare) i criteri di commisurazione della pena dettati dall'art. 133 c.p., essendo la sanzione penale ormai legata indissolubilmente alle esigenze rieducative (scaturenti dalla gravità del fatto) che si prospettano per ciascun tipo di autore". Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 10.

⁶⁶² L'inaugurazione della "stagione dell'esecuzione flessibile" avviene già con la sent. n. 204 del 1974 della Corte costituzionale, in cui si evidenzia come la periodica "ri-commisurazione" del trattamento sanzionatorio dovesse venire effettuata con il conforto di una "valida e ragionevole garanzia giurisdizionale". Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 40. Applicando, altresì, il ragionamento della Corte costituzionale, verso la fine degli anni '80, una parte della dottrina pone in luce le peculiarità della giurisdizione penale – limitatamente alla giurisdizione "rieducativa" – sollevando criticità e perplessità circa l'attuale formulazione del legislatore, non idonea a riportare in modo unitario una disciplina normativa costituzionalmente adeguata ed uniforme. Due, in particolare, sarebbero gli elementi distintivi della giurisdizione "rieducativa": (a) l'allargamento delle maglie del principio di legalità e tassatività, derivante dal fatto che "al legislatore penitenziario non si richiede un'osservanza esasperata del principio di determinatezza. Le norme penitenziarie, dovendo raccordarsi con la personalizzazione dell'esecuzione penale e con la struttura tendenzialmente flessibile nella fase esecutiva [...] possono ragionevolmente lasciare un limitato margine di discrezionalità, utilizzabile dalla magistratura di sorveglianza nella gestione concreta delle singole misure"; (b) l'assenza della struttura triadica tipica del processo di cognizione, derivante dalla mancanza di un autentico conflitto di interessi tra il condannato ed il pubblico ministero, il quale, in fase esecutiva dovrebbe divenire "un interlocutore e solo eventualmente un contraddittore dell'interessato", coadiuvati da un giudice "difensore della funzione rieducativa". Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 11, nonché GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 61 ss. Funzionali all'attuazione dell'art. 27, co. 3 Cost., simili connotati rispecchierebbero l'aspirazione di fondo della giustizia rieducativa ad assurgere a "modello processuale di giudizio sull'uomo" in esecuzione di pena; ideali fortemente traditi, tuttavia, da un'impostazione normativa con risvolti inquisitori, anticognitivi ed autoritari, in cui le regole processuali (cognitive) della formazione della prova, piuttosto che le garanzie in punto di contraddittorio o terzietà del giudice sono ampiamente compresse e limitate, con una ripartizione delle competenze e dei ruoli tra pubblico ministero, giudice dell'esecuzione e magistratura di sorveglianza non sempre lineare e coerente. Tale dicotomia, tra giurisdizione cognitiva ed esecutiva/rieducativa, distinte, ma pur sempre compatibili all'interno della più ampia definizione di giurisdizione penale, di cui sopra, entra in crisi con l'approvazione del codice di procedura penale del 1988: la legge delega per l'emanazione del codice – legge 16 febbraio 1987, n. 81 – impone, infatti, non soltanto «l'introduzione di "garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza» (direttiva n. 96), ma anche il coordinamento dei procedimenti di esecuzione e sorveglianza con i principi generali della legge delega (direttiva n. 98); la direttiva n. 104 richiede, altresì, "l'adeguamento di tutti gli istituti processuali", tra cui la "partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento". Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 10.

Si è così progressivamente affermata l'opinione che la giurisdizione esecutiva nel suo complesso (sia la giurisdizione esecutiva in senso stretto, sia la giurisdizione "rieducativa") dovesse recare "inequivoche le stimate accusatorie proprie dell'intera riforma"⁶⁶³, riproponendo, in particolare, lo schema triadico tipico della tradizione accusatoria⁶⁶⁴. Secondo la dottrina, pertanto, la giurisdizione esecutiva dovrebbe esibire oggi tutti i connotati della giurisdizione penale delineati dall'art. 111 Cost., che non appaiano ontologicamente incompatibili con le attività *post rem iudicatam*: *contraddittorio e parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice, congruità del termine per la preparazione della difesa, ragionevole durata del procedimento, sua comprensibilità per l'alloggiato*⁶⁶⁵.

Assegnare, tuttavia, alla fase esecutiva ed, in particolare, alla giurisdizione "rieducativa" i connotati giurisdizionali tipici della cognizione (*in primis*, terzietà del giudice e contraddittorio) risulta un'operazione niente affatto agibile, atteso come una trasposizione integrale dei canoni costituzionali alla fase esecutiva condurrebbe ad una patente e perdurante "crisi di identità" dell'esecuzione penale: «La sensazione, in definitiva, è che la vocazione pan-accusatoria tradita dall'art. 111 Cost. – e prima ancora, dalla direttiva della legge delega del 1987, nella parte in cui richiedeva l'adeguamento della fase esecutiva ai "principi e criteri" dettati per il processo di cognizione – abbia provocato nella giurisdizione esecutiva *una crisi di identità non facilmente risolvibile*. Quale che sia il livello (e il tipo) di garanzie giurisdizionali che si ritiene debba essere rispettato nell'ambito del procedimento di esecuzione, non v'è dubbio che le esigenze di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva siano state soddisfatte *solo in parte* dal legislatore del 1988»⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 10.

⁶⁶⁴ Il processo di assimilazione delle due forme di *ius dicere* si è poi ulteriormente accentuato con il nuovo art. 111 Cost., il quale, come è noto, "ha ridotto l'estensione del concetto normativo di giurisdizione penale aumentandone l'intensione: offrendone, cioè, un minuzioso *cliché* marcatamente ritagliato sulla sagoma del processo cognitivo". Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 10.

⁶⁶⁵ Più controversa l'operatività *in executivis* del principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova, *ex art. 111, co. 4 Cost.*

⁶⁶⁶ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 12.

4.3.1. Dal “giusto” processo all’“esecuzione leale”.

Considerata l'impossibilità di traslare interamente i dettami costituzionali, senza con ciò tradire l'impostazione normativa, la dottrina ha progressivamente elaborato – sulla scia degli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali di *common law* – il concetto di “esecuzione leale”, intendendo “con tale espressione ricollegarsi all'onere di rispettare le regole (in tema di diritti della persona già sottoposta a processo) mediante il mantenimento degli obblighi assunti in sede di cognizione”⁶⁶⁷.

Mutuando, quindi, concetti propri della tradizione anglosassone, si è ritenuto opportuno fare riferimento alla nozione di *fairness*, tradotta dalla dottrina con il termine di “lealtà”, perché consentirebbe “di operare un distinguo rispetto al processo di cognizione (dominato dall'idea di *justice*)”⁶⁶⁸: “Nel linguaggio giuridico nordamericano, difatti, il termine *fairness* sta ad indicare quei doveri e quelle garanzie che sono comunque connaturati al *due process of law* (nella sua dimensione *procedural*) – enunciato nella seconda parte del V Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America (*'no person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law'*) – mentre il successivo VI Emendamento delinea l'insieme delle regole che presiedono allo svolgimento del processo penale (inteso quale processo di cognizione, avendo la proposizione come soggetto l'accusato), quali il diritto al *trial by jury* e le varie specificazioni del diritto di difesa: garanzie riconducibili nel loro complesso all'area tipica (per il giurista continentale) del ‘giusto processo’⁶⁶⁹.

Ai fini del *fair trial*, quindi, diviene essenziale il “rispetto delle regole” minime della giurisdizione che devono essere garantite anche in sede esecutiva del processo: “È dunque possibile ipotizzare anche nel nostro ordinamento una bipartizione *just/fair* [...] che consenta di configurare uno spazio (più ampio) dominato dalla *fairness* processuale intesa quale presidio di un pacchetto minimo di garanzie e di valori della giurisdizione, a patto di riuscire poi a discriminare nell'esteso panorama dei canoni delineati dalla previsione costituzionale riformata il suddetto *minimum*”⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 40.

⁶⁶⁸ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp. 41-42.

⁶⁶⁹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 43.

⁶⁷⁰ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 44.

Vagliando, quindi, i singoli canoni costituzionali (*id est: contraddittorio tra le parti, parità delle armi, terzietà ed imparzialità del giudice dell'esecuzione, ragionevole durata del procedimento, diritti dell'alloggiato "esecutato"*) l'esecuzione penale risulta connotata dalla seguente situazione di (in)compatibilità:

(a) *l'effettività del contraddittorio tra le parti e la parità delle armi*: la "persistente vitalità" del pubblico ministero, al quale, ai sensi degli artt. 656, 657 e 663 c.p.p., compete l'esercizio di poteri giurisdizionali direttamente incidenti sui diritti di libertà dell'individuo, unitamente alle limitazioni del contraddittorio e al carattere meramente facoltativo/eventuale della presenza dell'interessato nell'udienza camerale *ex art. 666 c.p.p.*, inficiano in radice la compatibilità della normativa rispetto alle prescrizioni operative impartite dalla Costituzione, nonché dalle direttive n. 96, 98 e 104 dell'art. 2, legge 16 febbraio 1987, n. 81, nella misura in cui veniva richiesto al legislatore della riforma codicistica di procedere "all'adeguamento di tutti gli istituti processuali ai principi e ai criteri" costituzionali, quali, *in primis*, quelli relativi alla "partecipazione dell'accusa e della difesa di parità in ogni stato e grado del procedimento"⁶⁷¹.

Sia che si rifletta in relazione alla partecipazione del detenuto sia che si guardi agli altri soggetti interessati ad intervenire⁶⁷², residuano fondati dubbi di legittimità costituzionale, ogniqualvolta nella fase esecutiva si torni a discutere questioni attinenti al merito della pena (a titolo esemplificativo in materia di concorso formale e reato continuato o intervenuta *abolitio criminis in executivis*)⁶⁷³ ;

(b) *la terzietà e l'imparzialità del giudice dell'esecuzione*: le maggiori criticità nascono intorno alla legittimità della formulazione normativa di cui all'art. 665 c.p.p., in base alla quale viene fissata la competenza a "conoscere dell'esecuzione di un provvedimento" in capo al giudice medesimo "che ha deliberato il provvedimento": nonostante una parte della dottrina si sia sforzata di salvaguardare la compatibilità costituzionale della disposizione in base al presupposto che "scopo della fase esecutiva sia soprattutto quello di dare fedele attuazione alla cosa giudicata e che compito del giudice dell'esecuzione sia essenzialmente quello di fornire, per così dire,

⁶⁷¹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 45.

⁶⁷² Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp. 45-46.

⁶⁷³ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 46.

l'interpretazione autentica della precedente decisione di merito⁶⁷⁴, la dottrina maggioritaria – supportata anche dalla giurisprudenza di legittimità circa i confini contrassegnati dall'art. 34 c.p.p. in materia di incompatibilità del giudice⁶⁷⁵ – propende, invece, per soluzioni che ipotizzino la netta separazione di competenze tra il giudice (persona fisica) della cognizione e quello dell'esecuzione, con l'istituzione di un ufficio *ad hoc* del giudice dell'esecuzione (analogamente a quanto sancito dalla riforma con la previsione dell'ufficio del giudice per le indagini preliminari) ovvero, in alternativa, con "l'affidamento unitario della titolarità delle attribuzioni decisorie su tutte le questioni esecutive ad una struttura giudiziaria autonoma qual è la magistratura di sorveglianza"⁶⁷⁶;

(c) *la ragionevole durata del procedimento*: forti criticità si palesano anche in relazione a quest'ultimo profilo, nella misura in cui la cadenza processuale data dal procedimento incidentale non sempre garantisce la celerità della decisione, tanto più in una fase in cui si contende comunque intorno alla libertà personale (ed economico-patrimoniale) del detenuto, il quale ha tutto l'interesse nel rivendicare l'eventuale irregolarità del titolo esecutivo e nel pretendere un perdurante controllo (efficace ed effettivo) sulla regolarità del titolo di detenzione o sulla compatibilità della restrizione della libertà personale che patisce⁶⁷⁷;

(d) *i diritti dell'alloggiato "esecutato"*: come ha affermato la giurisprudenza di legittimità, nella decisione del 19 aprile 2000, proc. Ugochunkwu, "alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 143 c.p.p., suggerita dalla Corte costituzionale, con la sent. n. 10 del 1993, deve ritenersi che anche l'ordine di esecuzione della pena detentiva emesso dal p.m. sia soggetto alla disciplina dettata dal suddetto articolo e debba essere, quindi, tradotto, a pena di nullità, in lingua nota al condannato straniero [...]"⁶⁷⁸: per la dottrina tale ragionamento sarebbe estensibile ad ogni situazione in cui "il sottoposto a procedimento sarebbe pregiudicato nel suo diritto a partecipare effettivamente allo svolgimento dell'*affaire* procedurale"⁶⁷⁹ ovvero sia "ogni atto della sequela d'esecuzione (a mo' d'esempio: ordine di esecuzione; avviso di

⁶⁷⁴ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp.47-48.

⁶⁷⁵ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 49.

⁶⁷⁶ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pp. 6 ss.

⁶⁷⁷ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pp. 9-12.

⁶⁷⁸ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 13.

⁶⁷⁹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp. 14-15.

fissazione dell'udienza camerale *ex art. 666 c.p.p.*) che sia indirizzato all'individuo (che risulti o sia ragionevole ritenere) alloggota, ai fini strumentali rispetto all'esercizio del diritto di difesa⁶⁸⁰.

4.4. Le soluzioni alternative prospettate in seno al codice di rito. Il (rifiuto del) processo bifasico.

Il superamento (o, quanto meno il livellamento) delle contraddizioni dello schema esecutivo, così come sinteticamente tratteggiate, diventano una delle principali prerogative del legislatore della riforma del nuovo codice di procedura penale, a partire dalla prima legge di delega parlamentare (*id est*: legge 3 aprile 1974, n. 108), nonché dal *Progetto preliminare del codice* stesso del 1978⁶⁸¹.

Alla materia dell'esecuzione, la legge n. 108 del 1974 dedica una sola direttiva, la n. 79, con cui si impone al legislatore delegato di procedere ad una “giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena e la applicazione delle misure di sicurezza; garanzia del contraddittorio; effettivo giudizio sulla pericolosità; impugnabilità dei provvedimenti”. Ulteriori riferimenti, inoltre, sono rinvenibili in altre direttive, nn. 70, 78 e 82⁶⁸² che, insieme alla direttiva n. 79 con cui si prescrive l'introduzione del giudizio di pericolosità, delineano un quadro normativo (seppur in un'ottica programmatica) fortemente innovativo rispetto agli schemi tradizionali. Gli intenti parlamentari vengono poi trasfusi nel

⁶⁸⁰ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 15.

⁶⁸¹ A ben vedere, il Progetto Reale del 1965, già conteneva *in nuce*, riferimenti al modello processuale bifasico, inserendo tra i criteri direttivi della riforma, un “effettivo giudizio sulla personalità dell'imputato”. Sul punto, cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 707.

⁶⁸² La prima (n. 70) richiedeva un intervento circa l'“ammissibilità in sede di incidente di esecuzione, di una valutazione sul merito della procedura seguita, con eventuale restituzione in termini dell'imputato ai fini dell'impugnazione”. La seconda prevedeva l'obbligo di notificare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione. La terza, infine, imponeva la “previsione del contraddittorio nel processo di riabilitazione; giudizio senza formalità e in camera di consiglio; acquisizione di ufficio della documentazione processuale”. Ad una visione complessiva delle direttive, in esame, emerge come, già nella primissima esperienza di riforma del codice di procedura penale, il legislatore delegante avesse una visione dell'esecuzione penale non più riconducibile allo schema amministrativo di attuazione del comando, ma consistente altresì “nel controllo giurisdizionale sul comando stesso, sia dal punto di vista della sua validità, sia da quello della realizzazione del suo contenuto sanzionatorio”. Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 41. Si ricordi, inoltre, che subito dopo l'emanazione della legge delega, entrava in vigore la legge 26 luglio 1975, n. 354, con significative innovazioni sul piano del trattamento penitenziario, ma anche con la stessa struttura dell'esecuzione della pena detentiva.

Progetto preliminare al nuovo codice, redatto dalla Commissione ministeriale sia sulla base della legge delega n. 108 del 1974 sia in forza della neo-introdotta legge di modifica dell'ordinamento penitenziario, di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354: "Il Progetto preliminare [...] poteva così tener conto, nell'elaborazione delle norme regolanti l'esecuzione penale, dell'esistenza delle disposizioni sostanziali in tema di misure alternative alla detenzione e delle conseguenti disposizioni in tema di misure alternative alla detenzione e delle conseguenti disposizioni processuali in punto di procedimento di sorveglianza [...]"⁶⁸³.

Per la prima volta, infatti, il procedimento di sorveglianza viene inserito all'interno della disciplina codicistica, mediante l'elaborazione di un unico rito per la giurisdizione esecutiva, denominato "procedimento di esecuzione", *ex art. 620 del Progetto preliminare 1978*: "In sostanza si cominciava a delineare in tale Progetto, quella linea normativa secondo la quale l'intervento della magistratura di sorveglianza in punto di controllo sulla esecuzione della pena e della misura di sicurezza non veniva considerato come un momento giurisdizionale avulso dal processo penale e riservato appunto all'esecuzione in concreto della sanzione, ma come uno degli aspetti nei quali si sostanziava l'intervento giurisdizionale all'interno della fase processuale dell'esecuzione penale"⁶⁸⁴.

Si dedica così alla magistratura di sorveglianza il Capo II del Titolo II del Libro XI "Esecuzione", coordinando interventi in punto di pena e di misura di sicurezza con le attribuzioni dell'altro giudice della fase esecutiva, il precedente "giudice degli incidenti", *ex art. 628 del codice di rito Rocco*, ora, invece, denominato "giudice dell'esecuzione". Nonostante la riforma puntasse ad una riorganizzazione funzionale ed organica, con la previsione di ampie possibilità di incisione sulla pena in esecuzione (cfr. art. 632 del Progetto preliminare 1978, poi trasfuso nell'art. 671 c.p.p., con la possibilità per il condannato di rivolgersi al giudice dell'esecuzione per richiedere la diminuzione della pena complessiva – "prendendo a base quella applicata con la condanna più grave" –, in ipotesi di cui all'art. 81, co. 2 c.p.), si esclude – al termine di un acceso dibattito dottrinale⁶⁸⁵ – di procedere a ripensare la struttura del processo

⁶⁸³ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 41.

⁶⁸⁴ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 42.

⁶⁸⁵ La stessa Relazione preliminare del 1978 teneva conto dell'ampio dibattito svoltosi in seno alla Commissione redigente sull'opportunità di introdurre una partizione del giudizio in due fasi distinte, l'una dedicata alla "decisione sull'attribuzione all'imputato del fatto contestato", l'altra, alla

penale, secondo un *modello bifasico puro*⁶⁸⁶, portando agli estremi il potenziamento della fase esecutiva.

Si sostiene, infatti, che le prescrizioni della legge-delega del 1974 non esprimessero la propensione dell'ordinamento ad un modello bifasico, atteso che la direttiva n. 79, per quanto poteva far pensare all'eventualità di incidere sulla pena *in executivis*, data l'introduzione del "giudizio sulla personalità"⁶⁸⁷ dell'imputato con funzione essenzialmente orientata alla determinazione della pena, fissava come insuperabile presupposto che la pena stessa fosse già stata determinata nella fase della cognizione (in tal caso, in sede dibattimentale)⁶⁸⁸. Anche la riforma dell'ordinamento penitenziario, di poco successiva, esplicita la scelta del legislatore di delegare la fase trattamentale della pena ad un momento, ulteriore e successivo, rispetto alla cognizione

"determinazione della pena o della misura di sicurezza", "per la realizzare un temperamento" della struttura monofasica del processo penale: allo stesso tempo, però, si riprendevano le prese di posizioni più critiche nei confronti di un cambiamento così radicale dell'assetto processuale. Come riporta Lorusso, vi furono posizioni sintomatiche, tra cui quella dell'on. Gargani il quale si interrogava intorno al fatto "se a soddisfare l'esigenza dell'esame della personalità dell'imputato basta (sse) solo una sua più esplicita e marcata enunciazione legislativa o se (fosse) necessario invece apprestare rimedi radicali, ma comunque meno rivoluzionari di quello che a prima vista può apparire". L'on. Gargani sollecitava, quindi, «l'adozione di una nuova configurazione del processo penale che attingesse alla divisione in due fasi un nuovo ruolo del giudice, non più 'controllato' dalla "preoccupazione dell'indagine sugli elementi oggettivo e soggettivo del reato" in misura così assorbente da 'dimenticare' l'effettuazione degli accertamenti ex art. 133 c.p.»». Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., nt. 161, p. 88. Di analogo avviso anche il legislatore delegante, il quale, con due direttive disgiunte (la n. 9 e la n. 79), aveva previsto l'introduzione di "un effettivo giudizio sulla personalità dell'imputato" in grado di esercitare una "compiuta conoscenza del soggetto" e tramite un "effettivo giudizio sulla pericolosità": si precisava, inoltre, che il dettato normativo del 1974 pur essendo compatibile anche con una struttura monofasica del processo penale, per quanto il legislatore del 1974 non si fosse espresso in modo diretto ed esplicito, sembrava meglio compatibile con l'idea del modello bifasico. Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., nt. 161, p. 88. La decisione finale presa dalla Commissione nel Progetto preliminare del 1978 consisteva, tuttavia, nella possibilità di riaprire il dibattito nei casi in cui risultasse necessario per procedere alla perizia criminologica sull'imputato "per approfondire l'indagine sulla sua personalità", ex art. 518, co. 1 Progetto preliminare 1978.

⁶⁸⁶ Modello tipico delle tradizioni anglosassoni, in cui il sistema processuale è diviso tra una prima fase dedicata all'accertamento della responsabilità dell'imputato, mentre la determinazione della pena è delegata ad un secondo momento: un meccanismo che si spiega, oltre a precise scelte politico-criminali, anche in ragione dell'intervento in sede dibattimentale della giuria popolare, affidataria del ruolo del verdetto circa la responsabilità dell'imputato; si ritiene, quindi, necessario il recupero della tecnicità in sede successiva per la quantificazione tecnica della pena ad opera di un giudice. Si rimanda, in ogni caso, alle considerazioni che seguono, nel prossimo paragrafo.

⁶⁸⁷ Previsione che, in ogni caso, va coordinata con la direttiva n. 9, con cui si prescriveva l'introduzione del "giudizio sulla personalità" in fase di cognizione, con funzione di orientamento processuale per la determinazione della pena. Secondo le conclusioni sviluppate nel parere formulato dall'Università degli studi di Cagliari, invece, la direttiva n. 79, se prese in considerazione pienamente, avrebbero potuto permettere l'introduzione di innovazioni radicali, atteso che "potendo la decisione dibattimentale condizionare le scelte nella fase esecutiva", sarebbe stato più opportuno adottare una struttura bifasica processuale. Cfr., sul punto, *Parere dell'Università degli studi di Cagliari*, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. I, p. 1373.

⁶⁸⁸ In questi termini, *la Relazione del progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, *Serie generale, Supplemento ordinario*, n. 2, p. 139.

processuale, “mortificando e tradendo” così “tutte le aspettative di un processo bifasico”: tale riforma, infatti, “aveva sortito l’effetto di spostare sul terreno extracodicistico le istanze di un trattamento individualizzato”⁶⁸⁹.

A ben vedere, tuttavia, il modello bifasico non è completamente estraneo alle dinamiche processuali. Basta pensare in materia di comminatoria delle misure di sicurezza: ai sensi del combinato disposto degli artt. 205 c.p. e 679 c.p.p., infatti, il magistrato di sorveglianza può ordinare, con provvedimento successivo alla sentenza di condanna, l’esecuzione di una misura di sicurezza, (a) nel caso di condanna, durante l’esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena⁶⁹⁰ oppure (b) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza. Da precisare, inoltre, che il magistrato di sorveglianza è tenuto (anche nel caso in cui la misura sia stata disposta dal giudice della cognizione, *ex art. 679, co. 1 c.p.p.*) a procedere, in ogni caso, all’accertamento della pericolosità sociale della persona⁶⁹¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, autorevoli autori evidenziano come l’introduzione di un modello processuale bifasico non sarebbe stata una novità così radicale “da sconvolgere i principi tradizionali del processo penale”⁶⁹².

⁶⁸⁹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp. 84-85.

⁶⁹⁰ Da ricordare che la competenza, *ex art. 679 c.p.p.*, spetta al magistrato di sorveglianza; nel caso di confisca, invece, al giudice dell’esecuzione.

⁶⁹¹ Fatta eccezione per la confisca. Per non parlare poi del meccanismo sospensivo, di cui all’art. 656 c.p.p., che vede ad oggi notevolmente amplificato l’intervento della magistratura di sorveglianza nella determinazione qualitativa della pena: si pensi, inoltre, al meccanismo di cui agli artt. 656, co. 5 in combinato disposto con l’art. 69-bis ord. penit., per cui il magistrato di sorveglianza decide sulla concessione dello scomputo anticipato della liberazione anticipata di cui all’art. 54 ord. penit., nonché su quella speciale ed integrativa di cui all’art. 4 d.l. 78/2013 in una fase in cui ancora il trattamento penitenziario non è iniziato, con una significativa incidenza sul *quantum* della pena, che, se rientrando nei limiti del co. 5 dell’art. 656 c.p.p. può essere ulteriormente modificata con la richiesta di una misura alternativa, decisa, questa volta, dal tribunale di sorveglianza.

⁶⁹² E dall’ineffettività dell’art. 133 c.p. quale strumento efficace di determinazione della pena; disposizione che, invece, non ha rappresentato un valido strumento guida per il giudice in sede di determinazione quantitativa della pena, e non ha assunto una funzione di espediente per il giudice per amplificare la sua discrezionalità, di fatto, non vincolata né guidata da alcun criterio finalistico, né schema operativo. Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 707, l’autore, infatti, ricorda un ulteriore momento di scissione all’interno dello schema processuale riguardante “la netta separazione che intercorre, come regola, tra la delibera della sentenza dibattimentale sino al momento della lettura del dispositivo in udienza e la stesura della motivazione sino al momento del deposito in cancelleria”. Sull’esigenza di tale modifica al sistema, Conso sottolinea come: “Nessun dubbio è, d’altronde, consentito circa il ruolo fondamentale che, in una giustizia penale veramente moderna, non può riconoscersi all’esame della personalità dell’imputato, ai fini di un’efficace individualizzazione delle sanzioni da irrogare nei singoli casi concreti”.

Riprendendo, infatti, considerazioni sviluppate in seno alla Commissione di studio al *Progetto preliminare* del 1978 appositamente formata dal *Centro studi di prevenzione e difesa sociale*⁶⁹³, si ritiene che l'attuale crisi di ineffettività del sistema "giustizia penale" fosse stata decretata proprio dal modello processuale monofasico, "vero colpevole dell'insufficiente individualizzazione delle pene (quasi sempre irrogate in modo approssimativo, se non addirittura automatico)"⁶⁹⁴. Viene così avanzata la proposta di un *giudizio bifasico eventuale*, tradotta nell'attribuzione al giudice del dibattimento del potere di verificare caso per caso, al momento della decisione finale sul fatto, l'opportunità di pronunciare una sentenza "totale", comprensiva anche del momento punitivo, oppure, se vi siano, invece, gli estremi per mettere una sentenza solamente sulla commissione del fatto, rinviando ad un secondo momento la precisazione del trattamento sanzionatorio⁶⁹⁵. In tale prospettiva, il giudizio bifasico si innesterebbe sulla struttura processuale in via del tutto *eccezionale*⁶⁹⁶. L'iniziativa dello "sdoppiamento processuale" potrebbe – secondo la Commissione – essere ugualmente avanzata dal giudice d'ufficio, dal pubblico ministero ovvero su istanza di parte; decisione che, in ogni caso, dovrebbe essere compiutamente motivata: in caso di diniego, inoltre, "l'ipotesi dell'onere della motivazione sarebbe soddisfatto con la

⁶⁹³ Sul punto, cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 706 ss.

⁶⁹⁴ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit. pp. 707-708. Secondo l'autore, le perplessità che condussero il legislatore delegante a non seguire la via del processo bifasico sarebbero state dettate, principalmente, da due ordini di motivi: "Il primo attinente alla difficoltà, e in certi casi all'impossibilità, di separare nettamente l'indagine sull'elemento soggettivo del reato dall'indagine sulla personalità dell'imputato; il secondo attinente all'aggravio di lavoro che la duplicità di fasi e, perciò, di decisioni comporterebbe per i giudici, con corrispondente pregiudizio dell'economia processuale, già tanto compromesso dalla lentezza e lunghezza dell'*iter* che dalla notizia del reato conduce alla formazione del giudicato". L'autore, inoltre, non considera sufficiente una rivisitazione del processo monofasico, tramite il solo incitamento della classe giudiziaria verso un maggiore impegno politico in merito alla commisurazione della pena, *ex art.* 133 c.p.; non ritiene nemmeno meritevole la soluzione di riprendere lo schema processuale e le varie soluzioni normative proposte per la giurisdizione minorile.

⁶⁹⁵ In tal caso, quindi, l'accertamento sulla personalità dovrebbe – secondo la Commissione – essere collocato all'inizio del processo, unitamente all'indagine sul fatto: "Solo se, nel momento della pronuncia sul fatto, la personalità dell'imputato non risultasse compiutamente delineata, le indagini continuerebbero, dando vita ad una nuova fase, appositamente dedicata all'individualizzazione del trattamento di condanna". Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit. p. 710.

⁶⁹⁶ *Eccezionale*, in quanto la scelta di rinviare ad un'apposita udienza spetterebbe alla discrezionalità del giudice (ovvero del pubblico ministero o dell'istanza di parte, se azionata in tal modo): la Commissione esclude, infatti, che lo sdoppiamento processuale fosse ancorata ad una previa selezione legislativa dei reati che richiederebbero, a priori, secondo una ponderazione di politica criminale, del sistema bifasico. Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 710.

motivazione in ordine alla personalità dell'imputato e alla individualizzazione della condanna, necessaria per dar vita ad una sentenza totale"⁶⁹⁷. Il ripensamento processuale in chiave bifasica deve essere, infatti, modulato in base al sistema delle impugnazioni: l'ordinanza di diniego e/o concessione del rinvio è soggetta ad impugnazione immediata oppure differita unitamente alla decisione sulla pena, nella misura in cui venga espressa immediata riserva ad impugnare al momento della conoscenza della sentenza parziale e/o dell'ordinanza. Ultimo appunto è dedicato, invece, all'individuazione del giudice competente chiamato a pronunciarsi: a scapito del principio costituzionale dell'imparzialità del giudice – tanto contestato dalla dottrina circa l'identità del giudice dell'esecuzione⁶⁹⁸ – il medesimo giudice che ha deliberato sull'*an* della responsabilità dovrebbe essere individuato quale giudice competente a decidere anche sulla pena; la determinazione della pena, inoltre, dovrebbe avvenire in un'udienza pubblica, da svolgersi entro un termine relativamente breve (al massimo entro due mesi dalla pronuncia della sentenza parziale), presieduta dal giudice e da un consesso di esperti, privi, però, del diritto di voto⁶⁹⁹.

Meritevole di annotazione anche la proposta di un'altra parte della dottrina, che, pur criticando l'introduzione, *de lege ferenda*, del sistema bifasico e suggerendo di ripartire da un ripensamento del processo monofasico per renderlo maggiormente funzionale ed effettivo, formula un'ipotesi attenuata di sdoppiamento decisionale: tale orientamento, infatti, critica la modifica della struttura del processo penale, in quanto essa potrebbe comportare “un considerevole (ulteriore) ritardo nella durata della fase istruttoria, ma potrebbe anche rivelarsi superflua o addirittura dannosa”⁷⁰⁰.

Le maggiori perplessità vengono espresse in relazione alla possibilità di introdurre la “perizia criminologica” – su cui vigeva il divieto, ai sensi dell'art. 314 del

⁶⁹⁷ “Nell'ipotesi di sdoppiamento, invece, occorrerebbe una apposita motivazione, diretta appunto a dimostrare l'insufficienza delle indagini sulla personalità sino a quel momento compiuta: in tal caso si potrebbe, anzi, configurare, accanto all'emanazione della sentenza parziale sulla commissione del fatto, all'emanazione della ordinanza che disponesse lo sdoppiamento e precisasse le modalità per la prosecuzione delle indagini”. Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 711.

⁶⁹⁸ Con riferimento alle considerazioni svolte nei paragrafi immediatamente precedenti.

⁶⁹⁹ Nella proposta si esamina anche la possibilità di far seguire l'efficacia sospensiva di provvedimenti restrittivi della libertà personale alla sentenza parziale, ricorrendo al meccanismo delle misure cautelari, *ex art. 277-bis* del codice di rito previgente. Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 712.

⁷⁰⁰ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 712.

codice di rito del 1930⁷⁰¹ (oggi riproposto ai sensi dell'art. 220, co. 2 c.p.p.), anche per il rischio di compromissione della “tutela dei diritti dell'imputato”, nella misura in cui venisse assunta in sede istruttoria⁷⁰².

Ciò nonostante, l'indagine della personalità viene affidata all'interno del sistema monofasico in due tempi al giudice in sede di determinazione della pena: il modello processuale che si delinea prevedeva un primo tempo destinato alla decisione sul merito, con sentenza parziale – paragonabile al modello di condanna generica civile *ex art. 278 c.p.c.* – e sospensione del dibattimento, con rinvio ad apposita udienza dibattimentale per la quantificazione della pena, disposta con ordinanza unitamente agli atti ed ai materiali di cui disporre e la previsione della perizia criminologica⁷⁰³. La prosecuzione del dibattimento avrebbe dovuto poi culminare in un'udienza pubblica, fissata entro un arco temporale di tre mesi, all'interno del quale fosse possibile procedere alla nomina dei periti, scelti per la loro “massima competenza tecnica e scientifica” in materia criminologica⁷⁰⁴, alla raccolta degli elementi incidenti sulla disamina della personalità dell'imputato per mezzo della cancelleria o della polizia giudiziaria. Stesso meccanismo della proposta esaminata sopra, per le impugnazioni⁷⁰⁵.

Nella stesura del codice 1988 prevale, invece, un approccio più prudente e compromissorio, nonostante la legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81 si muovesse nella direzione della precedente delega del 1974, dedicando un gruppo di quattro direttive – le nn. 96, 97, 98 e 101 – all'esecuzione della pena: da una lettura complessiva delle direttive, emerge la definitiva elevazione dell'esecuzione *a fase del processo* e, dunque,

⁷⁰¹ Che come è noto, l'art. 314, co. 2 c.p.p. vietava “perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere la qualità psichiche anche indipendenti da cause patologiche”.

⁷⁰² “Infatti, in caso di assoluzione, la perizia criminologica (che importa un ampio e profondo scandaglio in tutti gli aspetti più intimi della personalità e della vita individuale e della famiglia del soggetto) si rivelerebbe, oltre che superflua per il processo, dannosa per l'imputato, talvolta ancora di più della stessa condanna penale”. Cfr. LORUSSO, *Giudice pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 73, nonché sul piano sostanziale, TUMMINELLO, *Il volto del reo*, Milano, 2010, p. 289 ss. Esclusa, quindi, la possibilità di superare il disposto dell'art. 314, co. 2 c.p.p., introducendo l'indagine sulla personalità dell'imputato in sede istruttoria, si propende per un suo utilizzo solamente in fase esecutiva o, quanto meno, a seguito di una condanna (dichiarativa) almeno in primo grado e circoscritta solamente in caso di necessità.

⁷⁰³ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 712.

⁷⁰⁴ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 712.

⁷⁰⁵ Con il meccanismo dell'impugnazione immediata della sentenza parziale non definitiva, ovvero di impugnazione differita, con riserva immediata però di impugnazione della sentenza parziale unitamente alla decisione in punto pena.

la sua (parziale) giurisdizionalizzazione⁷⁰⁶. La n. 96, in particolar modo, esordisce prescrivendo “garanzie di giurisdizionalità” nella “fase dell’esecuzione”, lasciando intendere – secondo la dottrina⁷⁰⁷ – che l’esecuzione fosse parte di un tutto, articolato lungo un *continuum*, dall’accertamento del fatto e dell’eventuale responsabilità dell’imputato alla determinazione e alla concreta applicazione della pena⁷⁰⁸. Il quadro delle garanzie di sistema appare poi completato *per relationem* dalla direttiva n. 98, che impone il coordinamento con i principi della legge-delega dei procedimenti d’esecuzione e di sorveglianza anche mediante la “regolamentazione delle competenze degli organi” giurisdizionali in essi operanti, raccordandosi così all’interno del *corpus* delle direttive precedenti⁷⁰⁹.

Non vi è traccia, quindi, di un’espressa presa di posizione (contraria) del legislatore delegante in fatto di giudizio bifasico: secondo la dottrina, infatti, non solo il testo delle direttive assumevano un contenuto neutro, ma lasciavano più spazi di manovra al legislatore, potenzialmente più libero nella scelta del modello processuale che più risultasse idoneo all’attuazione del nucleo di garanzie indicate nelle direttive⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ Cfr. LORUSSO, *Giudice pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 78, nonché in senso analogo, cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pp. 9-12.

⁷⁰⁷ Cfr. LORUSSO, *Giudice pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 80.

⁷⁰⁸ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pp. 9-12.

⁷⁰⁹ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pp. 9-12.

⁷¹⁰ Il quadro normativo, all’interno del quale il legislatore era chiamato ad intervenire, è agilmente sintetizzato da Corbi: “1. Costruzione della fase dell’esecuzione come momento terminativo e realizzativo del processo penale, all’interno del quale, laddove debbano esser assunti provvedimenti riguardanti il comando in genere od il suo contenuto sanzionatorio in specie, è necessario l’intervento del giudice nelle forme della giurisdizione; vale a dire con il riconoscimento del diritto di difesa dell’interessato, sia come difesa tecnica che autodifesa, del diritto al contraddittorio e di quello all’impugnazione. 2. Distinzione tra interventi giurisdizionali aventi ad oggetto l’esecuzione del provvedimento in genere (e quindi gli aspetti per così dire “formali”) dell’attuazione del provvedimento stesso) e quelli diretti invece ad operare sul suo contenuto sanzionatorio anche sotto il profilo dei c.d. “effetti penali” della condanna; ciò al fine di prevedere una doppia giurisdizione esecutiva, affidata quindi a due giudici diversi, sia pre operanti entrambi con forme procedurali comuni e il più possibile coordinate. 3. Ampliamento dei compiti e delle competenze tradizionali della giurisdizione esecutiva con la previsione di interventi diretti sia al controllo della esecutività del provvedimento, sotto il profilo della valutazione, anche nel merito, della correttezza di determinate procedure [...] sia alla valutazione della esistenza delle ipotesi di continuazione criminosa o di concorso formale di reati”. Cfr. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 42.

4.4.1. (Segue) Il “prototipo” bifasico statunitense.

Richiamato più volte dalla dottrina (e dal legislatore delegante del 1988) come punto di riferimento nella prospettiva *de lege ferenda*, il processo penale statunitense rappresenta il prototipo di struttura processuale bifasica⁷¹¹.

Come ricorda, infatti, Mannozi, “la peculiarità del processo penale statunitense è quella di essere articolato in due moduli distinti”⁷¹²: una prima fase, la *guilt fact-finding*, improntata all’accertamento della responsabilità dell’imputato da parte del giudice e della giuria, laddove il processo si svolga *by jury*, è dedicata alle questioni di diritto e di fatto intorno al fatto criminoso ed alla sua attribuibilità all’imputato e si conclude con la deliberazione di un provvedimento (*verdict*) di condanna (*conviction*) o di assoluzione (*acquittal*)⁷¹³; una seconda, il *sentencing*, destinata alla determinazione e

⁷¹¹ Preliminarmente all’analisi della normativa attualmente vigente e, quindi, alla verifica del rispetto dei principi programmatici contenuti nelle direttive della legge delega da parte del legislatore delegante, è opportuno analizzare da vicino il processo bifasico, il cui modello “prototipo” è rappresentato dallo schema delineato nel diritto processuale statunitense. Nell’analisi, breve per economia complessiva del lavoro, viene proposta una sintesi lineare ed essenziale del processo bifasico, con delle generalizzazioni e semplificazioni, pur considerando che sia impossibile (o quanto meno, difficile, in poche pagine) operare una sintesi di modelli processuali molto differenti tra loro, all’interno degli stessi Stati Uniti, essendoci una differenziazione anche notevole da Stato a Stato.

⁷¹² Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena*, Padova, 1996, p. 81 ss. Per una panoramica generale sul sistema processuale statunitense, cfr. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*. (a cura di), Torino, 2009, p. 1 ss.; FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, p. 151 ss.; AMODIO-BASSIUNI, *Il processo penale degli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988; FARNSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d’America*, Milano, 1979; FISHER, *American Constitutional Law*, 1999; WAYNE, *The Politics of American Government*, St. Martin’s/Worth, 1999. Sul profilo più specifico della *sentencing*, cfr. GROSS-VON HIRSH, (a cura di), *Sentencing*, Oxford-Press, 1981; KITTRIE-ZENOFF, SANCTIONS, SENTENCING AND CORRECTION, New York, 1981; Kadish, (voce), *Sentencing*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, (a cura di), Kadish, New York, 1983, p. 43 ss.; in lingua italiana, Mannozi (voce), *Sentencing*, in *Enc. Dir.*, XIII, Roma, 1989, p. 153 ss.

⁷¹³ A questa ricostruzione *in vitro* della dinamica processuale di *common law* va anteposta necessariamente una premessa statistica: negli Stati Uniti, solo il 10% circa dei reati è definito attraverso il processo *by trial*. La stragrande maggioranza dei casi penali, una quota vicino al 90%, viene deciso attraverso il *guilty plea*, l’ammissione di colpa da parte dell’imputato di fronte al giudice, all’inizio del dibattimento, rinunciando così alla garanzia procedurale della giuria. Nel caso dell’ordinamento federale, le cifre relative all’anno 1999 parlano da sole: su 66.000 condanne per reati federali, ben 62.819, il 95% del totale, sono il risultato di un *guilty plea* (fonte: U.S. Department of Justice, *Compendium of Federal Justice Statistics*, 1999; April 2001). Questo modulo procedimentale di ammissione della responsabilità, che spesso riveste le forme del *plea bargaining*, riverbera i suoi effetti anche in ordine alla distinta fase del *sentencing*-determinazione della pena concretamente applicabile al caso, svuotandola di fatto del suo contenuto: la pena viene preventivamente fissata dal *prosecutor*, tramite l’ “accordo” con la difesa che può avvenire nelle forme alternative del *charge bargaining* (*prosecutor* e difesa negoziano l’accusa, si accordano, quindi, sulla qualificazione giuridica del fatto storico di reato e quindi, indirettamente, sulla pena ad esso concretamente applicabile) o del *sentence bargaining* (in cui oggetto diretto ed immediato dell’accordo giudiziale è la misura della pena). Al giudice *sentencer* non resta alcun margine di intervento: il suo *sentencing* è un atto dovuto, meramente ricognitivo della volontà negoziale delle parti processuali. Salvo casi limite, infatti, la Corte è tenuta, sulla base di una regola prasseologica non scritta,

commisurazione della pena sulla base della rilettura, nel corso della celebrazione di un'udienza *ad hoc post-trial* (*post-dibattimentale*), delle caratteristiche del fatto storico di reato e della personalità del colpevole, con l'emanazione del provvedimento che irroga la pena concretamente applicabile al caso, il c.d. *sentence*.

Competente a decidere della pena, è il giudice che ha presieduto il dibattimento, il quale, in una fase preliminare all'udienza, dispone d'ufficio la *presentence investigation*, una attività "istruttoria" in cui vengono raccolti elementi diretti ad una conoscenza più ampia possibile della personalità e del *background* familiare e sociale del condannato: tale indagine, condotta dal *probation officer*, sfocia in un *presentence report*, fascicolo processuale utilizzato ai fini della determinazione della pena, su cui il condannato, non ha, tuttavia, alcun potere processuale in termini di *discovery* e/o *cross examination* dei testi⁷¹⁴.

La pena irrogata, peraltro, può subire delle importanti trasformazioni in sede esecutiva, ad opera della *Correctional Authority*, detta anche *Parole*⁷¹⁵: si stabilisce, infatti, che su parere favorevole del *Parole Board* – organo consultivo composto normalmente da un magistrato, uno psichiatra, un sociologo e da un criminologo – il detenuto possa essere rilasciato dopo aver scontato un periodo di reclusione la cui durata varia proporzionalmente alla misura della pena inizialmente comminata.

L'ufficio del *Parole Board* agisce essenzialmente: (a) come "*court of leniency*" con il compito di mitigare le condanne troppo severe; (b) come complesso di esperti per la valutazione del grado di risocializzazione raggiunto dal condannato attraverso i programmi di recupero attivati all'interno dell'istituzione carceraria⁷¹⁶.

Riepilogando, quindi, gli attori coinvolti nel procedimento di commisurazione della pena sono: (a) il legislatore, a cui è demandato il compito di fissare le cornici

a ratificare l'accordo tra le parti. Sul punto, cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 82 ss.; GAMBINI MUSSO, *Il plea "bargaining" tra common law e civil law*, Milano, 1985.

⁷¹⁴ Se non nei casi in cui vi sia la possibilità di comminare la pena di morte, in qual caso, infatti, l'udienza si svolge nel pieno rispetto delle regole sulla prova tipiche della fase dibattimentale. Sulle criticità del sistema americano in punto di garanzie difensive dell'imputato in sede di commisurazione della pena, cfr., *ex multis*, FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, p. 151 ss.

⁷¹⁵ Cfr. COLE, *The American System of Criminal Justice*, North Scituate, 1975, p. 403 ss.

⁷¹⁶ L'assenza di criteri guida predeterminati, la segretezza dell'udienza, la "fiscalizzazione" del rilascio, nonché la natura squisitamente amministrativa del rito procedurale del *Parole Board*, sono le principali critiche mosse all'istituto, facenti capo ad un progressivo movimento di riforma sia a livello statale sia federale diretto al ripensamento della discrezionalità in fase esecutiva, tramite l'ancoraggio dell'istituto a predeterminate direttive in punto di pena (a livello federale – *United States Board of Parole*) ovvero ad una sua totale eliminazione (a livello statale).

edittali della pena per ciascuna fattispecie criminosa; ruolo che, per la sua scarsa incisività, è stato paragonato da Von Hirsh ad “un assegno in bianco” per il giudice in punto di commisurazione della pena⁷¹⁷; (b) il *prosecutor*, inteso come organo privato o pubblico che promuove l’azione penale – nel sistema nordamericano, peraltro, ad esercizio discrezionale⁷¹⁸; (c) il giudice, al quale compete istituzionalmente il compito di determinare il *quantum* di pena, di norma, pronuncia non appellabile, né suscettibile di controllo alcuno⁷¹⁹ e (d) il *Parole Board*.

Le potenzialità, nonché le criticità, del sistema punitivo statunitense si rinvengono nel ruolo attribuito al *Parole Board* ed alla distribuzione del potere di incidere sulla pena tra quest’ultimo ed il giudice del dibattimento. Nella fase precedente alle grandi riforme degli anni ‘80, il processo statunitense si uniformava al modello di *indeterminate sentence*, ovverosia di pena indeterminata: l’ampio potere discrezionale attribuito al giudice della cognizione e con la co-presenza dell’istituto del *Parole Board* (o di uno ad esso analogo)⁷²⁰ contribuivano a delineare lo statuto della pena “indeterminata”, la cui durata complessiva veniva fissata solo a livello provvisorio dal giudice al momento della condanna ed integrata definitivamente, in corso di esecuzione, ad opera del *Parole Board*. Il sistema commisurativo pre-riforma risultava così delineato: (a) cornici edittali di pena fissate solo nel massimo della pena; (b) ampi poteri

⁷¹⁷ Cfr. VON HIRSH, *Deservedness and Dangerousness in Sentencing Policy*, in *Crim. law. rev.*, 1986, p. 83 ss., in cui l’autore ricorda, infatti, la situazione della Pennsylvania, prima della riforma delle *guidelines* del 1982, in cui si puniva l’omicidio di secondo grado con la reclusione non superiore nel massimo ad anni venti, al di sotto dei quali poteva essere disposta qualsiasi pena, inclusa la *probation*. Tale prassi normativa pone in luce la tendenza nordamericana a prevedere delle comminatorie edittali, “a forbice estremamente ampia”, con dei limiti massimi elevati e dei minimi bassi o assenti.

⁷¹⁸ L’ufficio del *prosecutor* possiede in via esclusiva il potere di esercitare l’azione penale, a cui seguono pregnanti poteri sulla concreto andamento del processo penale, che può, infatti, essere risolto anticipatamente, laddove il *prosecutor* lasci cadere le accuse, può sortire un mutamento a seguito della dichiarazione di colpevolezza dell’imputato (*guilty plea*), può essere ricondotto alle formule della “giustizia negoziata”, laddove il *prosecutor* concordi con il giudice la misura della pena da applicare (*plea bargaining*).

⁷¹⁹ Ulteriore peculiarità del processo statunitense, consiste nella limitata possibilità di impugnare il provvedimento sulla pena: a fronte, infatti, di numerosi mezzi impugnatori circa la colpevolezza dell’imputato (*id est: motions, direct appeal, rehearing, collateral attacks*), limitatissime appaiono le possibilità di accedere alle corti superiori per ottenere una revisione della pronuncia di primo grado sulla pena. Si pensi che in una fase precedente la riforma del sentencing determinato, solamente undici Stati possedevano un sistema di appellate review, di cui nove tramite la devoluzione alle corti di appello interne (le medesime giudicanti la colpevolezza dell’imputato), altre due con la creazione di sezioni specializzate all’interno delle corti superiori, deputate a decidere unicamente sulla congruità della pena in sede di gravame. Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 87.

⁷²⁰ Come, ad esempio, l’*Adult Authority* californiano, il quale prima della riforma del 1976 aveva, in via esclusiva, il potere di stabilire la durata di ogni pena detentiva: per un approfondimento, cfr. KITTRIE-ZENOFF, *Sanctions, Sentencing and Corrections*, New York, 1981, p. 532.

di “gestione” dell'accusa da parte dei *prosecutors*; (c) discrezionalità del giudice della cognizione; (d) assenza di criteri guida predeterminati nella disciplina del *parole*; (e) mancanza di un efficace sistema di appello e di revisioni delle decisioni sulla pena⁷²¹.

Il tradizionale sistema di commisurazione nordamericano inizia, tuttavia, a subire delle importanti modifiche, ritenute dalla dottrina rivoluzionarie, “più per la loro struttura che non per i principi teorici dai quali sono stati ispirati”⁷²². Le ragioni della “crisi” del sistema punitivo imperniato sulla *indeterminate sentence* sono legate ad almeno sei fattori diversi, tra cui: (a) il sovraffollamento carcerario⁷²³; (b) l'affinamento della sensibilità circa i diritti individuali dei detenuti in ordine alla parità di accesso alla logica rieducativa⁷²⁴; (c) necessità di ri-calibrare la discrezionalità giudiziale, tramite un

⁷²¹ La legittimazione dell'*indeterminate sentence* risiede nella assunzione dell'idea rieducativa come criterio di commisurazione e, più in generale, nell'approccio di tipo “clinico” (*medical model*) al problema della devianza: una volta considerato il crimine come “una malattia da curare piuttosto che un'aberrazione da punire”, solo il paradigma del *sentencing indeterminate* risulterebbe realmente funzionale ad una concezione della pena orientata alla risocializzazione ed alla riabilitazione del reo: “Se si paragona”, quindi, “il reo ad un malato (e lo si ritiene, in quanto tale, bisognoso di trattamento), allora è logico pensare che nessuno, e meno che mai il giudice al momento della commisurazione, possa prevedere quando il soggetto potrà dirsi “guarito” o recuperato. In un'ottica che privilegi le componenti pedagogiche e mediche della esecuzione, la valutazione relativa al momento in cui il reo possa essere scarcerato e, pur sotto condizione, rimesso in libertà non può pertanto che essere attribuita ad un organo ad hoc, a cui è affidata l'osservazione dei detenuti. Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 91.

⁷²² Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 107.

⁷²³ Come ricorda Mannozi: “Il numero dei detenuti presenti nelle prigioni statali e federali, mantenutosi quasi costante dal 1925 al 1970, ha subito, dopo il 1970, una brusca impennata. In particolare dal 1980 al 1992, e cioè nell'arco di dodici anni, la popolazione carceraria è passata da 329.821 a 883.593 unità, con un aumento calcolato attorno al 168%”. Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 109.

⁷²⁴ Ad alimentare i profondi cambiamenti nel sistema punitivo sono concorsi sia motivi squisitamente ideologici – legati ad una *renaissance* dell'idea retributiva – sia ragioni di carattere prevalentemente pratico riconducibile all'effettività, nonché alla razionalità del sistema di *sentencing indeterminate*. Analizzando i fattori principali, si segnala come la “crisi” dell'impostazione ideologica ruotante attorno all'idea rieducativa venne messa in crisi sia da importanti studi empirici, tra cui, quelli di Martinson (tra il 1945 ed il 1967), Greenberg (1977) e Brody (1976) sia dall'affermazione della teoria del c.d. “giusto merito”, con cui si è avuto una riproposizione dell'ideale neoretributivo di proporzionalità tra reato e pena. Come riporta Finnis, il nucleo forte del *just desert model* prevede che: “a condotte ugualmente riprovevoli debba seguire il medesimo trattamento sanzionatorio e che la severità della pena debba essere graduata in proporzione alla gravità del reato”. Le innovazioni emergerebbero più chiaramente – come evidenziato da Mannozi – dall'analisi del complesso degli obiettivi per cui esse sono state formulate, tra cui: (a) “rendere le commisurazioni della pena più *trasparente* e più *certa* ed *imparziale* la risposta sanzionatoria”, a cui corrisponde sul piano pratico “(aa) *garantire* il reo da pene di incerta durata, sproporzionate o più severe di quelle inflitte per fattispecie simili”; (b) “rendere la politica sanzionatoria più razionale facendo sì che le pene, per qualità e quantità, vengano stabilite in anticipo dal legislatore in base a considerazioni etiche e di razionalità interna ma con la costante attenzione al problema dei costi e delle risorse”; obiettivo che sul piano pratico tende ad “(bb) assicurare l'*effettività* della sanzione in termini di certezza della applicazione, ma anche di recupero del reo e di riduzione della recidiva”. Sostenuto prevalentemente da *Dershowitz, Fletcher e Singer*, il *just desert model* viene declinato diversamente a seconda dell'adesione dell'autore ad un'impostazione più radicale ovvero moderata: le teorie più radicali della corrente neoretributiva muovono dalla considerazione che la pena

obbligo motivazionale delle pronunce; (d) la crisi del modello rieducativo; (e) l'esigenza di superare la c.d. *sentence disparity* che si accompagnava fisiologicamente alla determinazione discrezionale e calibrata unicamente sul caso singolo; (f) le problematiche inerenti l'aumento della criminalità⁷²⁵.

trovi la propria *ratio essendi* nell'inflizione "*ob malum actionis*"⁷²⁴ e prevedono che il giudice sia strettamente vincolato dalla legge tanto nella selezione degli elementi attinenti l'imputato quanto nella scelta della qualità e quantità della pena; la discrezionalità giudiziale dovrebbe, infatti, essere limitata dalla presenza di *standard* normativi che prevedono per ogni fattispecie di reato una pena presuntiva (*presumptive sentence*) correlata alla gravità del reato, dai quali il giudice potrebbe legittimamente allontanarsi solamente in casi eccezionali e motivando il provvedimento, che, per tale via, diviene appellabile di fronte alle corti superiori. Impostazioni più moderate quelle espresse da Morris e Fogel, per cui il *just desert model* non è solo ispirato, come nell'orientamento "puro" di Dershowitz, ai principi di proporzione tra reato e pena, ma tende a mantenere anche un collegamento con le istanze rieducative, atteso che: "un sistema di pene fisse non consente infatti di cogliere le differenze che nella realtà sempre esistono tra casi apparentemente simili e che vanno riconosciute, se si vogliono evitare indebite generalizzazioni, anche nella commisurazione della pena". In posizione intermedia, si colloca, altresì, il pensiero di Von Hirsh, le cui opere hanno influenzato le riforme di numerosi Stati, tra cui la riforma del 1976 in California, della *Uniform Determinate Sentencing Law*: nella teoria hirshiana, si pone come punto di partenza il concetto di "diritto alla pena" dell'imputato, per cui la risposta punitiva si legittima secondo la celebre metafora del "pagamento del debito", atteso come la sanzione divenga la risposta della comunità al crimine commesso dal colpevole, il quale deve "pagare" con un *quid pluris* rappresentato dai vantaggi illecitamente conseguiti dal reato. Il principio retributivo legittima inizialmente la risposta dello Stato al delitto, ma è l'efficacia deterrente che fornisce gli ulteriori, sufficienti motivi per punire: in base a tale combinazione tra *retribuzione e deterrenza*, il senso della giustizia ed il principio di meritevolezza selezionerebbero gli individui verso i quali si dovrebbe rivolgere la sanzione, mentre *il principio di prevenzione generale* giustificherebbe l'uso di una particolare strategia punitiva. Altro caposaldo del pensiero di Von Hirsh, si rinviene nell'elaborazione degli studi circa l'effettività della sanzione penale, nonché sul problema dei costi-benefici conseguenti alla risposta penale: secondo l'autore, la pena detentiva andrebbe ri-parametrata unicamente per le fattispecie più gravi, potendo, invece, la micro-criminalità essere più efficacemente gestita con il ricorso ad un "arsenale" punitivo alternativo (*id est*: *probation, intermittent, confinement, community service, fine, etc.*). Ad un'analisi complessiva, quindi, si premia il dibattito nordamericano per aver portato all'attenzione il *finalismo della pena*: fenomeno che trova conferma nel fatto che tutti gli Stati americani che hanno adottato un modello di *sentencing* determinato hanno fissato una *gerarchia degli scopi* della pena cui orientare le scelte sanzionatorie. La dottrina evidenzia come il retribuzionismo nordamericano sia ben diverso dalla concezione continentale della pena retributiva: "Essa è piuttosto una combinazione di retribuzione e deterrenza non mirata, però, come si potrebbe pensare, ad un generalizzato inasprimento sanzionatorio ma, al contempo, ad una distribuzione del bene 'pena' secondo criteri politico-criminali razionali la cui selezione dipende dalle istanze provenienti dall'intero sistema penale e dai limiti posti dalla dimensione delle 'risorse'"⁷²⁴. Il *finalismo della pena* diviene, dunque, la pietra miliare del sistema, per quanto attiene (a) alle scelte di criminalizzazione primaria; (b) alle opzioni sanzionatorie e alla severità delle comminatorie; (c) al controllo qualitativo e quantitativo della popolazione carceraria. Quanto al primo punto, il rispetto del principio del *just desert model* – ovvero del principio di proporzionalità fra reato e pena – ha imposto una rimodulazione nella tipizzazione dei reati: i reati gravi contro la persona o il patrimonio vengono puniti con la pena detentiva, mentre parte dei *misdemeanour* con misure alternative alla detenzione; il finalismo della pena ha richiesto, altresì, la classificazione dei reati secondo un ordine "crescente" secondo il potenziale di lesività insito nella fattispecie, affinché potessero essere posti in corrispondenza biunivoca con la scala di severità delle sanzioni. Quanto, invece, al secondo punto, si evidenzia come la scelta della finalità della pena influenzi anche la stessa severità della sanzione anche nella fase della *sentencing*: aspetto che unito al primo consente poi di selezionare la popolazione carceraria qualitativamente e di poterne controllare le relative dimensioni.

⁷²⁵ Per una compiuta disamina di tali fattori, cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 109 ss. Un breve riferimento, anche alle note comparate. Di notevole interesse è l'esperienza della Svezia. Anche la Svezia ha conosciuto nel corso degli anni '80 sensibili

Il substrato dogmatico influenza fortemente il successivo movimento di riforma, che pur producendo risultati non uniformi, può essere suddiviso in due grandi categorie: (a) riforme parziali del *sentencing*, con l'abolizione secca dell'istituto del *parole*, l'introduzione di linee-guida e la previsione di ampie possibilità di appellabilità della decisione in punto di pena⁷²⁶; (b) riforme globali del *sentencing*, con l'introduzione del

modifiche al sistema sanzionatorio: nel 1986, una commissione governativa promosse una riforma delle norme del codice penale svedese in materia di sanzioni e di commisurazione della pena, ora orientata fortemente al principio della proporzione. Ai sensi dell'art. 29 del Codice penale svedese, infatti, si sancisce che la pena deve essere inflitta nel rispetto dei limiti edittali, secondo la gravità del reato, il c.d. *penal value*, in modo che sia assicurata la parità di trattamento. Il sistema svedese si caratterizza inoltre per: (a) aver scelto di comminare la pena detentiva solo per i reati di gravità medio-alta; (b) aver ridotto delle alternative sanzionatorie a modelli collaudati e caratterizzati da una prognosi positiva di effettività, quali la pena pecuniaria a "tassi" ed il *probation*; (d) aver mantenuto la sospensione condizionale della pena quale unico modello di misura sostitutiva sospensiva "secca", ma i cui destinatari sono limitati individuabili nei rei a "scarsissimo rischio di recidiva", di cui si vuole evitare la desocializzazione derivante dal contatto con l'istituzione carceraria, (e) aver rinunciato a *standard* commisurativi di tipo numerico (come le *sentencing guidelines* nordamericane) a favore di criteri guida di tipo discorsivo – le c.d. *narrative guidelines*. Opzione che ha suscitato l'interesse del Canada, il quale, in sede di riforma, avviata nel 1987, e ancora in corso di aggiornamento (<http://www.lopparl.gc.ca/content/lopparl/researchpublications/cei-05-e.htm>), con l'istituzione di una commissione di studio, la *Sentencing Commission*, con il compito di fornire al Parlamento indicazioni per la riscrittura delle regole del sistema sanzionatorio ed, in particolare, della commisurazione della pena. Tra le indicazioni spiccano il criterio generale per cui "il principio cardine della commisurazione è quello secondo cui la pena deve essere proporzionata alla gravità del reato e al grado della colpevolezza del reo". La Commissione riteneva inoltre di improntare il sistema sanzionatorio in un'ottica in cui la pena detentiva venisse applicata in *extrema ratio*; la risposta sanzionatoria dovesse essere il meno afflittiva possibile e pene prossime al massimo edittale dovessero essere riservate ai soli casi connotati da particolare gravità. Si proponeva di suddividere quindi tutte le fattispecie di reato in quattro fasce, ciascuna contenente delle presunzioni riguardo alla qualità delle sanzioni da applicare: 1) pena detentiva obbligatoria, nel caso di fattispecie di "elevata gravità"; 2) due fasce centrali, in cui si era previsto un ampio margine di discrezionalità sulla scelta della sanzione, con la possibilità di comminare pene sostitutive alla detenzione; 3) pena pecuniaria o pena sostitutiva della sospensione condizionale per una fascia maggiore di illeciti meno gravi. Si proponeva altresì l'eliminazione del *parole*, misura recentemente sollecitata nel 2007 da parte della *Correctional Service of Canada Review Panel, A Roadmap to Strengthening Public Safety*, October 2007.

⁷²⁶ Con riguardo alle riforme parziali, al di là di ipotesi estreme come l'abolizione del *parole*, problematiche contingenti legate al sovraffollamento carcerario, induce la maggior parte degli Stati ad adottare soluzioni intermedie, con l'introduzione di *parole guidelines*, ovverosia di linee guida formulate per vincolare la discrezionalità dei *parole officials* allo scopo di rendere più razionale e controllabile la procedura di rilascio anticipato. Altro aspetto decisivo in un'ottica di riforma parziale consiste nell'introduzione di un sistema di revisione delle sentenze in punto di pena: le principali soluzioni operative adottate dagli Stati rispecchiano tre tipologie di modelli applicativi, il primo (adottato dal Connecticut) prevede la possibilità di devolvere le questioni sulla pena a sezioni specializzate delle Corti d'appello, le c.d. *Superior Court*; il secondo (proprio dell'Illinois) postula, invece, la devoluzione delle impugnazioni sulla pena alle Corti di appello esistenti, ipotesi, tra l'altro, avallata anche dall'*American Bar Association*, che ha ritenuto opportuno la trattazione unica e non suddivisa, tra merito e pena, dei giudici competenti a decidere dell'appello; il terzo modello (tipico della California), vede l'istituzione di un organo amministrativo, il *Board of Prison Term*, devoluto al controllo sistematico di tutte le condanne a pena detentiva emesse dallo Stato.

*mandatory minimum sentencing*⁷²⁷, il *flat time sentencing*⁷²⁸, il *sentencing* presuntivo⁷²⁹, le linee-guida volontarie per il *sentencing* e quelle predeterminate dalla legge⁷³⁰.

Anche a livello federale, la riforma del 1984 trasforma l'assetto previgente, votato all'*indeterminate sentencing*, ad un sistema fortemente imperniato sull'ideologia del *just desert model*: lo schema di commisurazione della pena risulta ancora bifasico, con una prima fase preliminare di acquisizione di tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'istruttoria commisurativa ed una diretta alla determinazione della pena in concreto.

⁷²⁷ Con tale espressione si intende l'introduzione di un minimo edittale prefissato normativamente. Tale accorgimento è stato recepito in diverso modo da parte degli Stati membri, tra alcuni ordinamenti che hanno previsto l'introduzione della pena minima solo per specifiche categorie di illeciti (come nel Massachusetts, il quale prevede una pena minima di un anno, senza la possibilità di sospensione, per la detenzione illegale di arma da fuoco); in altri, invece, si è mantenuta la possibilità per il giudice di scegliere una sanzione non detentiva. In alcuni Stati, inoltre, a tale scelta si è unita l'impossibilità per il giudice di comminare il rilascio *on parole* o il probation (mentre in altri, il minimo edittale serve per impedire che il detenuto possa essere rilasciato prima di un determinato periodo di tempo). Per un approfondimento cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., pp. 178-179.

⁷²⁸ Con il *flat time sentencing*, il giudice risulta vincolato non tanto nella scelta della sanzione quanto nella determinazione della quantità della pena, che in caso di detenzione, deve ancorarsi alle "scale" prefissate dal legislatore, in cui le sanzioni vengono suddivise a seconda del reato a cui ineriscono: una per i delinquenti primari, una per i recidivi, con valori più severi, e un'altra ancora per i delinquenti socialmente pericolosi. In tale sistema, non si consente il rilascio *on parole*, ma unicamente una riduzione della pena per buona condotta. In Italia, tale modello viene ripreso da PAGLIARO, *Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in Vassalli, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 230 ss., in cui l'autore ritiene che: "le fattispecie penali potrebbero essere congegnate in modo da collegarsi ad un doppio ordine di misure delle pene", un binario di limiti edittali prefissati in caso di rito ordinario e un binario prefissato in caso di riti semplificati.

⁷²⁹ Si tratta di una forma estrema di pre-determinazione della pena, non più ad opera del giudice, bensì, da parte del legislatore, il quale non solo viene chiamato a determinare la pena base, ma anche le relative circostanze da comminare in caso di commissione di un determinato reato piuttosto che di un altro. Per un approfondimento, cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 185.

⁷³⁰ Una distinzione concettuale proposta da MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 186. L'ipotesi esemplificativa di *sentencing guidelines* obbligatorie è per eccellenza il Minnesota. Tra le novità, spiccano senza dubbio: 1) l'elevazione del concetto di "giusto merito" quale criterio finalistico privilegiato; 2) la sensibile riduzione delle cornici edittali; 3) la comminazione della pena detentiva solamente per i reati contro la persona, con la previsione di sanzioni alternative per gli autori di reati contro il patrimonio; 4) il riconoscimento ad entrambe le parti processuali il diritto di appellare la sentenza in punto pena; 5) l'individuazione di un limite massimo di capacità degli istituti penitenziari, per limitare il sovraffollamento carcerario. Ulteriori obiettivi della riforma sono individuabili, secondo Mannozi, «nel raggiungimento di una maggiore "verità" nel sentencing (*truth in sentencing*), cioè di una reale corrispondenza tra la sentenza pronunciata e la condanna scontata effettivamente; nel rispetto del principio di parsimonia (*parsimony*) secondo il quale la pena giusta (conforme allo scopo) deve essere anche la meno afflittiva; infine, nella concreta semplicità applicativa degli *standard*». Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., pp. 192-193. Al riforma del Minnesota si lega inoltre alla previsione di una serie di ricerche empiriche a supporto della attività legislativa con il compito di: 1) verificare l'impatto delle *guidelines*; 2) predisporre un sistema di informazione che contenta il monitoraggio della prassi commisurativa da parte dei giudici.

Al fascicolo presentato dal *probation officer* (PSI) al giudice federale spetta il compito di fissare i termini del ragionamento commisurativo: nel PSI, il giudice federale trova, infatti, tutte le informazioni necessarie a valutare le caratteristiche del fatto storico di reato e del suo autore ai fini dell'individuazione della pena. Il contenuto fortemente innovativo della riforma del *sentencing* federale del 1984 si è riversato interamente sulla fase commisurativa della pena in senso stretto, imbrigliando il giudice federale all'interno delle *Federal Sentencing Guidelines*, elaborate dalla *Sentencing Commission*⁷³¹, linee guida predeterminate avente forza di legge: la percezione della gravità del reato, del grado di offensività della condotta posta in essere dall'imputato; le caratteristiche personali del reo, con particolare attenzione per la sua recidiva; il tipo e la misura di pena concretamente applicabile al caso di specie, sono tutte valutazioni preventivamente compiute dalla *Sentencing Commission* e trasposte nelle *guidelines* da essa emanate. Le *Federal Sentencing Guidelines* contengono già l'individuazione degli elementi ammessi a rilevare ai fini commisurativi, la loro valutazione precostituita, la predeterminazione della pena applicabile a ciascuna delle combinazioni concretamente verificabili tra i diversi parametri commisurativi.

Tradotto in termini pratici, la loro introduzione nell'orizzonte commisurativo federale ha significato che, esaurita la ricerca e la cognizione degli elementi utili alla commisurazione della pena da parte del giudice, questi non potrà più provvedere alla loro concreta valutazione sanzionatoria in modo completamente discrezionale come all'epoca del c.d. *indeterminate sentencing*, essendo stata tale valutazione già compiuta dalla *Sentencing Commission*, e recepita, in modo vincolante per il giudice federale, in una delle sue *guidelines*⁷³².

⁷³¹ Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., pp. 233-262.

⁷³² Due ultime note con riguardo alla comparazione. Già in precedenza, si sono citati i casi della Svezia e del Canada, l'attenzione ora si concentra brevemente sul modello inglese di *sentencing*, consacrato dal CJA (*Criminal Justice Act*) del 1991 – che a sua volta rimanda al *White Paper* governativo del 1990 – il quale si caratterizza per tre elementi portanti: 1) il finalismo della sanzione; 2) l'ampia scelta della tipologia sanzionatoria; 3) il ricorso (soggettivo) della pena detentiva e la sua durata. Con riguardo al finalismo della sanzione, si precisa come, nonostante nel *Criminal Justice Act* non compaia mai il termine (nordamericano) di *just desert*, l'intero sistema sia evidentemente imperniato del concetto di proporzione tra reato e pena. Tale concetto, però, non viene concretizzato dal legislatore, ma la sua individuazione viene rimessa alla giurisprudenza delle Corti d'Appello, cui viene tradizionalmente conferito il ruolo guida nei confronti dell'operato delle Corti inferiori. Il più ampio ventaglio sanzionatorio ha reso necessaria la graduale formazione di *guidelines*, non solo con riguardo alla pena detentiva, ma anche nei confronti delle altre sanzioni (che secondo il sistema inglese non sono misure alternative, ma pene principali previste dal legislatore): in tale piramide sanzionatoria, è previsto un ampio ricorso alla pena pecuniaria; sanzioni sostitutive alla pena detentiva per reati di media gravità e la

4.5. La (*mancata*) riforma del 1988: il sistema vigente.

Pur non avendo aderito dichiaratamente allo schema processuale bifasico, il legislatore del 1988 delinea un modello di esecuzione penale, in cui di fatto si consente agli organi della giurisdizione esecutiva di incidere significativamente sull'effettività della sanzione, con i poteri tipici del giudice della cognizione⁷³³.

Già da un primo esame della disciplina normativa, emerge un quadro molto più complesso ed articolato di quello che solitamente viene dedicato alla materia.

A parte le già citate connessioni col processo penale, per cui, “l'esplorazione dell'esecuzione penale rivela gli intimi legami di essa col diritto materiale e col processo penale”⁷³⁴, va dato atto di come nell'esecuzione penale confluiscono anche principi propri di altri settori del diritto: “del diritto civile e processuale per quanto riguarda l'esecuzione delle pene pecuniarie e l'attuazione della cautele patrimoniali e

pena detentiva solo come risposta sanzionatoria per i reati gravi contro la persona. Alla base della piramide, si colloca il c.d. “*conditional discharge*”, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena subordinata all'assenza di recidiva durante il periodo di prova, che dura tre anni. Il tronco intermedio della piramide, invece, è rappresentato da tutte le ipotesi per cui non sia possibile, per la gravità del fatto commesso, accedere ad una *community sanction*: tali casi, prescrivono la pena pecuniaria, che viene commisurata sulla base dei “tassi” – *unit fines* – fino al 1991, dal 1993 in poi secondo lo schema “a somma complessiva”, in cui le condizioni economiche soggettive del reo incidono direttamente sulla determinazione della pena (non costituendo più, invece, un solo regime di attenuazione della stessa). Il sistema bifasico di determinazione della pena (i cui “tassi” vengono calcolati settimanalmente e non più giornalmente) era rimessa integralmente alla discrezionalità dei giudici, finché la *Magistrates' Association* ha emanato delle *guidelines* volontarie esemplificative. Ulteriore scalino della piramide è occupato dalle *community sanctions*. Con riguardo all'ultimo profilo, si sottolinea come la scelta della pena detentiva sia rimessa alla discrezionalità del giudice, laddove, in ragione del caso concreto, tale misura risulti proporzionale alla gravità del fatto. Rapporto di proporzione commisurato alla colpevolezza rappresenterebbe il limite massimo a cui ancorare la pena massima comminabile nel singolo caso, potendo la pena essere determinata al di sotto di tale valore. Forme di mitigazione o, viceversa, di avvicinamento al massimo della pena sono rappresentate, ai sensi dell'art. 29 CJA dalla sussistenza o meno di precedenti condanne del reo: la giurisprudenza tende, sul punto, ad individuare quattro ipotesi tipiche. La prima è legata, in ogni caso, al rispetto da parti delle Corti di merito della relativa giurisprudenza di appello sulle singole ipotesi di mitigazione della pena; vi sono poi precedenti penali, come l'odio razziale, la cui manifestazione viene usata quale elemento utile per la valutazione dell'elemento soggettivo, nonché altre ipotesi, il cui verificarsi preclude una mitigazione di pena, come aver commesso il fatto in stato di libertà su cauzione oppure in violazione di una prescrizione di sanzione alternativa alla detenzione. Testo fondamentale, successivamente riformato nel 2003, con l'introduzione del *community order*, il cui contenuto è variamente declinato dal giudice, tramite la comminazione di ben dodici prescrizioni, cumulabili o alternative tra loro, tra cui, *in primis*, l'*activity requirement*, il *programme requirement*, il *prohibited activity requirement*, il *curfew order*, l'*exclusion requirement*, il *residence requirement*, il *mental health treatment requirement*, il *drug rehabilitation requirement*, l'*alcohol treatment requirement*, il *supervision requirement* e, infine, l'*attendance requirement*. Il *Legal Aid Sentencing and Punishing of Offenders Act* del 2012, ha aggiunto altresì due diversi *requirements*: il *foreign travel requirement* e l'*abstinence and monitoring requirement*. Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., pp. 54-64.

⁷³³ Sul punto, cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 8.

⁷³⁴ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 21.

reali; del diritto costituzionale per ciò che concerne la restrizione della libertà personale; del diritto amministrativo per quanto concerne l'esecuzione e gli effetti delle misure di coercizione reale, delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione”⁷³⁵.

Quanto al contenuto dell'esecuzione penale, si nota come per lungo tempo la dottrina abbia privilegiato lo studio degli istituti legati al sistema penitenziario, trascurando l'esegesi dell'esecuzione in senso tecnico⁷³⁶.

All'interno della fase esecutiva, quindi, si regolano, in maniera unitaria, tutte le attività necessarie all'attuazione coattiva del comando contenuto nel provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria che abbia le caratteristiche dell'esecutività e dell'irrevocabilità, *ex art. 650 c.p.p.*: ciò significa che vengono dettate regole processuali dirette a regolamentare l'attuazione dei provvedimenti a contenuto sanzionatorio sia quelli di altro tipo. Ne sarebbe prova, secondo la dottrina, l'intitolazione del Titolo II del Libro X, “Esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali”, nonché l'inciso del co. 1 dell'art. 655 c.p.p., “Salvo che sia diversamente disposto il pubblico ministero cura d'ufficio l'esecuzione *dei provvedimenti*”: attraverso tale inciso, la dottrina vi avrebbe fatto rientrare l'esecuzione dei provvedimenti del “giudice della sorveglianza”, evidenziando così una concezione dell'esecuzione penale che non ricomprende solo i provvedimenti esecutivi rispetto alle statuizioni del giudice della cognizione, ma anche quelli emessi in esecuzione a modifica e/o integrazione della pena⁷³⁷.

Ulteriore peculiarità è rappresentata dal perdurante controllo giurisdizionale sull'esecuzione della pena che si realizza, secondo due direttrici principali: la prima ha

⁷³⁵ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 21.

⁷³⁶ “Questo stato di cose (in via di definitivo superamento) era stato probabilmente favorito da una diffusa incertezza sulle reciproche interferenze tra diritto penale, procedura penale, diritto penitenziario e diritto dell'esecuzione penale, a causa della non perfetta sistematica legislativa”. Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 21, in cui gli autori precisano che è “principio indiscusso che la natura di un fenomeno giuridico si deduca dal contenuto, e non già dalla sua ubicazione in un certo corpo normativo anziché in un altro. Ed è punto fermo in ogni ricostruzione sistematica che le opinioni dei compilatori del codice e delle leggi successive intorno alla natura giuridica degli istituti disciplinati sono del tutto irrilevanti, in quanto se il legislatore vincola l'interprete allorché *iubet*, non lo vincola quando enuncia mere classificazioni. Sicché sono carenti di valore normativo quelle proposizioni che, pur facendo parte di un testo legislativo, hanno soltanto carattere definitivo” e ancora: “L'estraneità di un dato istituto all'esecuzione penale non può essere postulata sol perché la relativa disciplina si trova fuori del Libro XI del codice di rito: la collocazione in un certo contesto ha indubbio valore indicativo, ma non più, in quanto frutto di operazione di tecnica legislativa non cogente per l'interprete, che nella sua attività ricostruttiva, è, perciò, svincolato dal dato topografico, e deve operare in base al contenuto intrinseco delle norme prese in considerazione”. Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 21, nt. 7 e 8.

⁷³⁷ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

ad oggetto la verifica dei presupposti e delle condizioni di legittimità delle attività di attuazione del comando; la seconda il controllo del perdurare della permanenza tra il contenuto sanzionatorio del comando ed il fine rieducativo assegnato alla pena ed alle misure di sicurezza⁷³⁸.

All'interno della prima direttrice, le attività giurisdizionali sono dirette a verificare che l'esecuzione si svolga nel rispetto della legalità e delle regole processuali e, quindi, che operino nel senso di adeguare il titolo esecutivo alle sopravvenienze che possono intervenire nel corso dell'esecuzione (cfr. *ex* artt. 667, 668, 672, 673, 674, 675, 676), nonché a monitorare la regolarità dell'attività rimessa all'ufficio del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 656, 657 e 663 c.p.p.⁷³⁹.

All'interno della seconda direttrice, invece, si collocano gli interventi del *giudice della sorveglianza*, diretti, quindi, alla concessione e/o revoca delle misure alternative alla detenzione, ivi, compresa la liberazione condizionale; modalità di esecuzione delle misure di sicurezza e delle sanzioni sostitutive; conversione delle pene pecuniarie; concessione della riabilitazione ed istruzione della domanda di grazia (cfr., *ex* artt. 684 e 678 c.p.p. in combinato disposto con gli artt. 146, 147 e 148 c.p.)⁷⁴⁰: entrambi i giudici operano con forme e procedure comuni, descritte, ai sensi dell'art. 666 c.p.p. ss., per il giudice dell'esecuzione, e all'art. 678 c.p.p. ss., per la magistratura di sorveglianza, denominate entrambe rispettivamente *procedimento di esecuzione* e *procedimento di sorveglianza*⁷⁴¹.

In tale prospettiva, quindi, il giudice dell'esecuzione non interviene più *incidentalmente* a conoscere dell'esecuzione penale, bensì in qualità di “costante presidio di garanzia al quale ricorrere ogni qualvolta è necessario che vengano assunte decisioni inerenti l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale”: si può, quindi, sostenere che – con le dovute precisazioni esposte sopra – il codice del 1988 abbia definitivamente delineato “una giurisdizione esecutiva” (in aggiunta alla “giurisdizione cognitiva”), all'interno della quale si opera, invece, “in funzione di controllo, verifica e garanzia delle attività procedurali esecutive e del raggiungimento dell'esecuzione stessa”⁷⁴².

⁷³⁸ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷³⁹ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷⁴⁰ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷⁴¹ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷⁴² Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

Da tale quadro normativo, è possibile, quindi, ricavare dei *principi comuni dell'esecuzione penale*: il primo è individuabile *nell'unitarietà concettuale e giuridica delle attività di attuazione del comando*, atteso che tutte le attività giudiziarie postulano una regolamentazione unitaria, nella quale vengono ricomprese sia le mere attività di attuazione del comando sia quelle di controllo e di verifica del comando stesso e dei suoi contenuti sanzionatori⁷⁴³.

Il secondo principio si desume “dalla necessaria *forma giurisdizionale dei procedimenti* mediante i quali si realizzano gli interventi sul comando”, cioè nel senso che “ogni intervento che abbia ad oggetto il comando o il suo contenuto sanzionatorio non può realizzarsi, in via di regola e salvo specifiche eccezioni, al di fuori del ricorso alle forme della giurisdizione”⁷⁴⁴.

Il terzo principio viene ricavato dalla dottrina, invece, in relazione *alla pari dignità processuale del momento decisorio e del momento attuativo del provvedimento*, “ciò nel senso che il momento decisorio (fase cognitiva) di un provvedimento ed il momento attuativo dello stesso (fase esecutiva) appartengono entrambi al processo penale ed entrambi contribuiscono, su un piano di assoluta parità, alla realizzazione degli scopi del processo stesso”: assunto solo in parte condivisibile, attesa l'attuale squilibrio dei ruoli in fase esecutiva tra le parti, con la costante attribuzione al pubblico ministero del promovimento dell'esecuzione penale, *ex art. 655 e 656 c.p.p.* (cfr., *ex art. 655 c.p.p.*, per cui il pubblico ministero è depositario d'ufficio della “cura dell'esecuzione dei provvedimenti”)⁷⁴⁵.

Ad ogni modo, dall'insieme dei principi sopra descritti, la dottrina elabora *due corollari direttamente incidenti sulla struttura sostanziale della pena*: il primo corollario riguarda la circostanza per cui partendo dal presupposto che il processo penale può dirsi terminato solo con l'esaurimento degli effetti giuridici dei provvedimenti da esso scaturiti, *l'esaurimento dell'esecuzione penale rappresenterebbe il raggiungimento del fine stesso sotteso al processo penale*. Se così è, la completezza e l'efficacia del provvedimento a contenuto sanzionatorio si può apprezzare non solo al termine del processo di cognizione con la condanna, ma anche in base a come esso si è sviluppato (e, quindi, fisiologicamente modificato ed integrato) in sede esecutiva.

⁷⁴³ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷⁴⁴ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 51-52.

⁷⁴⁵ Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 53.

Da ciò consegue, infine, che “il parametro normativo dei contenuti della pena, intesi come specie, qualità e quantità della pena stessa, è un fattore che, pur essendo individuato e cristallizzato, come sanzione astratta, nella descrizione normativa della fattispecie incriminatrice, è suscettibile di essere profondamente alterato”⁷⁴⁶. Tale processo conduce ad un risultato paradossale e fortemente significato delle sorti della pena in esecuzione: “[...] nel corso dell’esecuzione del provvedimento che ha identificato ed irrogato in concreto la pena da applicare, la pena stessa può subire modificazioni tali da mutarne non solo la quantità ma anche la specie e la qualità, fino a pervenire a contenuti non solo diversificati, ma addirittura diametralmente opposti a quelli previsti nella fattispecie incriminatrice”⁷⁴⁷.

6.6. Dalle criticità passate ai problemi attuali: la perdurante “crisi” della pena.

Tentativi di razionalizzare la fase esecutiva della pena si registrano, in tempi recenti, sia sul versante processuale (con, *in primis*, le Commissioni Dalia e Riccio)⁷⁴⁸ sia sul versante sostanziale in relazione al sistema sanzionatorio (da ultima, la Commissione Grosso, ma anche, per certi aspetti, la Commissione Palazzo)⁷⁴⁹, nonché a seguito di iniziative trasversali di matrice ministeriale, come gli *Stati Generali dell’Esecuzione penale*, con il coinvolgimento di più categorie professionali, come, *in primis*, rappresentanti del mondo accademico, della magistratura e dell’avvocatura, ma anche esponenti dell’amministrazione penitenziaria e della componente sociale del volontariato⁷⁵⁰.

Con riguardo alle riforme del codice di rito, meritano un’annotazione i progetti di riforma Dalia e Riccio.

⁷⁴⁶ Cfr. CORBI, *Esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 54-55.

⁷⁴⁷ Cfr. CORBI, *Esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 54-55.

⁷⁴⁸ Per un riferimento ai lavori della Commissione Dalia, cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_6_1.wp; Commissione istituita con decreto ministeriale del 24 luglio 2004. In dottrina, cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 318, nonché LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36. Per un approfondimento, invece, sui lavori della Commissione Riccio, nonché in dottrina cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., pp. 318-320.

⁷⁴⁹ Per un riferimento completo dei lavori della Commissione Grosso e, segnatamente dell’articolato e della Relazione del 26 ottobre 2001, con particolare riguardo al rapporto tra processo e riforma del sistema sanzionatorio, cfr. in dottrina LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

⁷⁵⁰ Per un approfondimento circa l’iniziativa degli *Stati Generali dell’Esecuzione penale*, cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19.wp.

Con il progetto Dalia, l'idea di razionalizzare la fase esecutiva si tramuta in una semplice sostituzione di ogni riferimento al pubblico ministero con il giudice dell'esecuzione, mantenendo, per di più inalterato, il contenuto degli artt. 655-665 c.p.p. che, completamente depurati da ogni riferimento all'organo dell'accusa, trovano sostanziali corrispondenze, integrati con le disposizioni relative al giudice di pace ed al giudice minorile⁷⁵¹.

La concentrazione di ogni attività presso il giudice dell'esecuzione si accompagna anche all'esigenza di rendere i tempi processuali celeri e razionali: la forma generale in esecuzione diviene la decisione *de plano*, con la previsione di un reclamo, omologo all'attuale opposizione (che prende la denominazione dalle forme di istanza tipica della giurisdizione penitenziaria) ed è diretto ad avviare il giudizio di impugnazione, qualora le parti intendano contestare la soluzione giudiziale, avvalendosi del contraddittorio e provocando una decisione di un giudice collegiale – il *Tribunale dell'esecuzione*. Quest'ultimo verrebbe radicato in ogni distretto, con competenza funzionale mista, decidendo sia sui provvedimenti emessi dal giudice dell'esecuzione e dal giudice della sorveglianza, con effetto devolutivo, oggi escluso, e la garanzia del pieno contraddittorio anche sul piano valutativo del merito⁷⁵².

La Commissione Riccio continua il percorso della precedente Commissione, riproponendo, da una parte, l'istituzione di un'unica struttura giudiziaria, con un duplice obiettivo funzionale, sia esecutivo sia penitenziario, denominato “giudice della pena”, dall'altra, si rinuncia alla codificazione di procedure esecutive comuni⁷⁵³. Viene così individuata una competenza generale del “giudice della pena” sull'esecuzione del giudicato e della pena detentiva, accorpando “due macroaree di intervento”: “l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali divenuti irrevocabili” e “l'esecuzione

⁷⁵¹ Risulta quanto mai curioso sottolineare che vi sia una lacuna circa il ruolo del pubblico ministero all'interno dell'esecuzione, in tale progetto, promossa e gestita interamente dall'organo giurisdizionale, quasi ad indicare “l'inopportuno strascico di un eccesso di difesa della giurisdizionalizzazione e della volontà di escludere la parte pubblica da un ruolo attivo negli itinerari esecutivi”. Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 318.

⁷⁵² In sede di gravame, l'unificazione delle procedure giudiziali e l'accorpamento delle procedure presso il Tribunale di esecuzione verrebbe gestita in sede di gravame da una composizione mista, oltre, infatti, alla composizione ternaria (presidente e due giudici togati) si avrebbe anche l'aggiunta di due giudici esperti, assicurando così la composizione mista tipica del Tribunale di sorveglianza. Per un approfondimento, Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 319.

⁷⁵³ Per un approfondimento, cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

delle pene, delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e delle misure di sicurezza” (dir. nn. 107.2 e 107.4)⁷⁵⁴.

Con riferimento alla forma del procedimento di esecuzione, non sembra che la Commissione Riccio si spinga fino alla previsione di un’unica procedura; si prospetta, però, una generale semplificazione e l’introduzione di soluzioni decisorie “senza formalità”, con la possibilità per le parti di proporre opposizione dinanzi allo stesso giudice: ciò su cui si punta è, invece, l’implementazione delle garanzie a favore dell’esecutato-detenuo, attraverso l’obbligo di “prevedere il diritto del condannato di partecipare alle udienze dinanzi al giudice della pena inerenti al trattamento sanzionatorio o penitenziario”, tutte le volte, in cui, cioè si tratti di (ri)definire la pena da eseguire ovvero, in ambito penitenziario, tutte le volte che occorra decidere, in particolare, su benefici e misure alternative⁷⁵⁵.

Sulla scia della Commissione Riccio, il recente elaborato (d.d.l. n. 2067), attualmente al vaglio del Senato⁷⁵⁶, prospetta un massiccio intervento sulla riorganizzazione della (sola) giurisdizione penitenziaria: ai sensi dell’art. 31, si attribuisce una delega al governo in materia penitenziaria, da esercitarsi entro l’anno successivo all’emanazione del testo normativo sotto forma di decreti legislativi che rispettino i principi ed i criteri direttivi ivi indicati⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

⁷⁵⁵ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

⁷⁵⁶ E più precisamente al vaglio della 2° Commissione (permanente) di Giustizia, in sede referente, dal 29 settembre 2015. Per una visione completa dell’iter parlamentare della riforma e dello stato degli atti, cfr. <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46014.htm>; nonché in dottrina, cfr. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 11, p. 1333 ss.; PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016; SELVAGGI, *Il testo unificato dell’ultimo disegno di legge di riforma del codice penale, del codice di procedura penale e dell’ordinamento penitenziario: in tema di prescrizione, intercettazioni e molto altro ancora*, ivi; MATARRESE-ZIRULIA, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell’ordinamento penitenziario*, ivi, 15 gennaio 2015. Il disegno di legge, nella versione, allora pendente al vaglio della Camera dei Deputati (A.C. 2798, oggi pendente in Senato A.S. 2067), è stato oggetto di un puntuale esame da parte di un gruppo di esperti del settore, diretti e coordinati, dal prof. Giostra: il gruppo di lavoro ha prodotto, in data 17 giugno 2015, il seguente contributo, cfr. *Carceri materiali per la riforma*, consultabile, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015.

⁷⁵⁷ Come si vedrà approfonditamente, in seguito, i criteri direttivi sono i seguenti: Art. 31. (Principi e criteri direttivi per la riforma dell’ordinamento penitenziario): “1. Nell’esercizio della delega di cui all’articolo 29, i decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione; b) revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al

Con riferimento, invece, a proposte di riforma del sistema sanzionatorio, che, seppur in modo incidentale, si sono impegnate di raccordare il progetto all'interno di un ripensamento del processo penale, si annovera, *in primis*, la Commissione Grosso: come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 13 delle disp. coord., la Commissione prende espressa

fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; c) revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza; d) previsione di una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire; integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria; e) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; f) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative; g) maggiore valorizzazione del lavoro, in ogni sua forma intramuraria ed esterna, quale strumento di responsabilizzazione individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento; h) previsione di una maggior valorizzazione del volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici di esecuzione penale esterna; i) disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari; l) revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230; m) riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio; n) previsione di norme che considerino i diritti e i bisogni sociali, culturali, linguistici, sanitari, affettivi e religiosi specifici delle persone detenute straniere; o) adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri direttivi: 1) giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione; 2) previsione di disposizioni riguardanti l'organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona; 3) previsione dell'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto; 4) previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne; 5) ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione; 6) eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento; 7) rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni; 8) rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale; p) attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato".

posizione circa la necessità di collocare il progetto di riforma del codice penale all'interno del sistema processuale: si suggerisce, quindi, di adottare lo schema del processo bifasico, nella misura in cui il giudice si riservi la facoltà di rinviare la decisione “per le valutazioni relative alle sanzioni, acquisire ulteriori elementi di prova, o verificare il consenso dell'imputato su determinate misure”⁷⁵⁸. In tal caso, “il giudice, dopo avere letto il dispositivo contenente l'affermazione di responsabilità, rinvia in tutto o in parte la pronuncia sulla sanzione ad una udienza successiva, con ordinanza nella quale sono indicati i temi da trattare”⁷⁵⁹. La Commissione Grosso si muove nel segno della massima *semplificazione e razionalizzazione* del sistema sanzionatorio, con l'elevazione della detenzione domiciliare a pena principale e con l'indicazione di inserire nel ventaglio sanzionatorio ulteriori sanzioni diverse dalla reclusione: ne discende, quindi, una combinazione particolarmente illuminante circa il coordinamento tra le due discipline.

Una menzione deve essere dedicata anche al lavoro svolto dalla prima Commissione Palazzo⁷⁶⁰ – anche se non si è dedicata espressamente al profilo processuale, perché non ricompreso nei margini della delega – per aver contribuito al rilancio del dibattito sulla riforma del sistema sanzionatorio, prospettando diverse soluzioni alternative alla misura della reclusione, suddivise nelle due grandi macro-aree di pene detentive carcerarie e pene non detentive, a contenuto interdittivo o prescrittivo e pene pecuniarie, con un forte ridimensionamento della previsione della sospensione condizionale della pena rispetto alle nuove forme sanzionatorie⁷⁶¹.

Sul versante delle proposte di riforma trasversali si ricorda la recente iniziativa ministeriale degli *Stati Generali sull'Esecuzione penale*, coordinata dal prof. Glauco

⁷⁵⁸ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

⁷⁵⁹ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 36.

⁷⁶⁰ Come è noto, la “prima” Commissione Palazzo è stata istituita con decreto ministeriale dd. 10 dicembre 2013, dell'allora Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri, attribuendo ad un gruppo di esperti, presieduti dal pro. Carlo Francesco Palazzo il compito di “elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale”, provvedendo alla “prospettazione dei criteri e delle direttive per la elaborazione di uno o più testi normativi che muovano anche delle conclusioni cui altre commissioni parlamentari o ministeriali sono eventualmente pervenute”. Per questi ed altri profili, si rimanda al proseguo della trattazione nel corso del prossimo capitolo, cfr. p. 350 ss.

⁷⁶¹ Sui lavori della Commissione Palazzo, nonché sulle proposte di riforma che si sono mosse nella medesima direzione, ampliando il ventaglio sanzionatorio tramite la previsione di nuove forme sanzionatorie – diverse dal carcere – ovvero con l'elevazione delle misure alternative a pene principali, cfr. *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014; PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, *ivi*.

Giostra, in cui “si è voluto dedicare alla realtà dell’esecuzione penale un’attenzione multifocale, orientandola sui suoi aspetti nevralgici e qualificanti; dall’altro, si è cercato di promuovere una mobilitazione culturale più ampia possibile sia nella fase dell’analisi, della riflessione e della progettualità, sia nel momento del dibattito e del confronto sulle soluzioni proposte”⁷⁶². Tale iniziativa si è svolta attraverso la suddivisione delle discussioni in (diciotto) Tavoli di lavoro, ognuno dei quali interamente dedicato ad un tema nevralgico dell’esecuzione penale, presieduto da un membro “facilitatore” e formato dai principali esponenti dello specifico settore⁷⁶³: la peculiarità di tale iniziativa consiste nell’aver posto “al centro del dibattito pubblico il tema dell’esecuzione penale”, tentando di innescare un “cambiamento culturale della pena”, ovvero sia “un copernicano mutamento di prospettiva: dal carcere percepito come la soluzione per tutti i problemi e per tutte le paure sociali, al carcere come problema sociale. Anzi, *all’intera esecuzione penale come problema sociale*”⁷⁶⁴.

6.6.1. (Segue) *Soluzioni de iure condendo: verso il giudizio sulla pena.*

Le proposte di riforma avanzate dalla dottrina sono molteplici. Possono, tuttavia, essere suddivise in due macro-categorie ruotanti attorno al superamento o, al contrario al permanere, seppur con modifiche ed integrazioni, del processo monofasico.

La prima soluzione prospettata, infatti, da una parte della dottrina, consiste nel mantenere la struttura monofasica del giudizio di cognizione, abrogando, in primo luogo la norma (*id est*: 220, co. 2 c.p.p.) che vieta di effettuare accertamenti peritali sulla personalità dell’imputato in una prospettiva di potenziamento (effettivo) dell’individualizzazione del momento commisurativo della pena⁷⁶⁵.

Ulteriore connotato di tale soluzione riguarda l’ampliamento del ventaglio delle misure sanzionatorie irrogabili dal giudice della cognizione, attribuendo, quindi, al

⁷⁶² Cfr. Stati generali sull’esecuzione penale, *Documento finale*, 18 aprile 2016, consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.wp?previousPage=mg_2_19.

⁷⁶³ Per un approfondimento dei lavori, cfr. altresì RUOTOLO, *Gli Stati generali sull’esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016; CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, *ivi*, 26 aprile 2016; BUZZELLI, *Dare un seguito al lavoro degli Stati Generali sull’esecuzione penale*, 4 maggio 2016. Per una visione completa dei lavori di ciascun Tavolo, cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1.wp?previousPage=mg_2_19.

⁷⁶⁴ Cfr. Stati generali sull’esecuzione penale, *Documento finale*, 18 aprile 2016, consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.wp?previousPage=mg_2_19.

⁷⁶⁵ Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, *cit.*, p. 321.

giudice della cognizione il potere di adottare i provvedimenti applicativi delle misure alternative alla detenzione, oggi, di competenza della magistratura di sorveglianza⁷⁶⁶.

Un secondo orientamento, rilevando criticamente l'inopportunità di introdurre nel sistema processuale lo strumento di indagine della perizia criminologica, sia per ragioni pratiche di economia processuale in ordine ai costi ed ai tempi del processo sia per ragioni di tutela dell'imputato da accertamenti invasivi già in sede di indagini preliminari⁷⁶⁷, si proietta verso l'introduzione del modello bifasico, secondo diverse varianti. Una prima proposta, definita dalla dottrina "tradizionale"⁷⁶⁸, prevede che il

⁷⁶⁶ Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 321.

⁷⁶⁷ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., pp. 707-708.

⁷⁶⁸ "La prima, di derivazione anglosassone – già sperimentata nel progetto preliminare di codice di procedura penale del 1978, e riproposta, da ultimo, nell'art. 12 disp. coord. del progetto di riforma del codice penale elaborato nel 2001 dalla Commissione Grosso –, prevede che il giudice della cognizione, al momento della pronuncia della sentenza di condanna di primo grado, differisca a una successiva udienza la decisione sul trattamento sanzionatorio quando appaia necessario acquisire a tal fine ulteriori prove nonché approfondire l'indagine sulla personalità dell'imputato. Si tratta di una soluzione che, a giudizio della Commissione, presenta due decisive controindicazioni. In primo luogo, nel nostro sistema processuale – a differenza di quanto accade nei paesi anglosassoni – il giudice d'appello rivaluta *an e quantum* della responsabilità: esiste, dunque, il rischio che gli esiti dell'indagine personale condizionino il suo giudizio sulla colpevolezza dell'imputato. In secondo luogo, l'attuale proliferazione dei momenti commisurativi rappresenta, a ben vedere, un paradosso solo apparente. Rivalutare la persona del condannato in chiave rieducativa nel momento in cui l'esecuzione deve prendere l'avvio è un'esigenza che nasce dai tempi lunghi del processo: tra la commisurazione della pena effettuata in sede cognitiva e il momento in cui la pena deve essere concretamente scontata il condannato potrebbe avere già percorso significativi tragitti sulla strada della risocializzazione. La soluzione proposta non risolverebbe dunque il problema: la necessità di un intervento *ab initio* del giudice dell'esecuzione penitenziaria tornerebbe inevitabilmente a farsi sentire". La seconda variante di processo bifasico, invece, prevederebbe di: "trasformare il tribunale di sorveglianza in un «tribunale della pena» competente a emanare, dopo il passaggio in giudicato della sentenza concernente la responsabilità dell'imputato, tutte le decisioni relative al trattamento sanzionatorio. Si tratta di una soluzione che avrebbe presentato, rispetto alla precedente, notevoli vantaggi: 1) escludere, nei confronti dell'organo giudicante chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato, ogni condizionamento psicologico derivante dagli accertamenti compiuti sulla personalità del medesimo; 2) collocare la decisione sulla pena in prossimità della sua effettiva esecuzione; 3) affidare tale decisione a un giudice la cui composizione mista e la cui collocazione distrettuale avrebbero garantito il necessario approccio personale alla materia trattata e una maggiore uniformità dei trattamenti sanzionatori irrogati sul territorio nazionale. Anche questa proposta, tuttavia, non ha convinto la Commissione. In primo luogo, ha destato preoccupazione l'inevitabile aggravio dei tempi processuali che una simile riforma comporterebbe, tanto più se le decisioni del tribunale della pena dovessero venire assoggettate – come sembrerebbe necessario – a un riesame nel merito oltre che a un sindacato di legittimità. In secondo luogo, sono state evidenziate gravi difficoltà di coordinamento della riforma con la disciplina dei riti alternativi imperniati sulla negoziazione e/o sulla riduzione premiale della pena. Infine, sono state manifestate notevoli perplessità circa la stessa attitudine del tribunale della pena a effettuare una corretta determinazione del trattamento sanzionatorio, essendo indispensabile, a tal fine, una conoscenza del fatto di reato che un simile tribunale – estraneo all'accertamento dell'episodio criminoso e distante anche cronologicamente dal medesimo – non potrebbe vantare. Più in generale, si è fatto rilevare come la proposta in discussione sembri nascere dalla convinzione che il dosaggio del trattamento sanzionatorio sia soltanto – o possa diventare soltanto – un problema di valutazione della personalità del reo in chiave rieducativa. In realtà non è così: moltissime circostanze in senso tecnico e molti dei parametri contenuti nell'art. 133 c.p. (come la natura, la specie,

giudice della cognizione, al momento della pronuncia della sentenza di condanna, differisca a una successiva udienza la decisione sul trattamento sanzionatorio quando appaia necessario acquisire ulteriori prove, nonché approfondire l'indagine sulla personalità dell'imputato. Tale è la proposta formulata in seno alla riforma del codice del 1988, dalla Commissione di prevenzione e difesa sociale, presieduta dal prof. Conso, favorevole come già si è detto in precedenza, alla revisione del processo penale verso l'introduzione di un *modello bifasico eventuale*⁷⁶⁹.

Pur avendo incontrato l'approvazione di una buona parte della dottrina, nonché in sede di riforma al codice penale, anche della Commissione Grosso, l'impostazione eventuale ed eccezionale dello sdoppiamento processuale è stata fortemente criticata da un'altra parte della dottrina la quale non vedeva positivamente l'affidamento al giudice della cognizione – seppur all'interno di una seconda ed apposita udienza – la determinazione della pena⁷⁷⁰. Molti dubbi residuano, inoltre, sugli aspetti più tecnici⁷⁷¹.

Al di là delle questioni meramente tecniche e di raccordo, i veri interrogati sulla validità di una simile soluzione sono essenzialmente tre.

(1) La proposta di rinviare ad una successiva udienza la determinazione della pena in termini di mera eventualità – da valutarsi se d'ufficio oppure anche su richiesta del pubblico ministero e/o dell'interessato – risulta fortemente critica sia per i costi ed i tempi processuali, ma anche per l'introduzione della perizia criminologica, che – come si è visto – verrebbe a collocarsi solo nella fase ultima commisurativa della pena, quale mezzo di prova, assunta in fase dibattimentale dal giudice per calibrare la risposta

l'oggetto, i mezzi, il tempo, il luogo dell'azione, oppure la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa) richiedono accertamenti e giudizi di natura oggettiva, legati in maniera indissolubile alla ricostruzione del fatto di reato e svincolati da qualunque considerazione legata alla persona del reo e da qualunque valutazione prognostica circa la sua auspicata risocializzazione. Tali accertamenti e tali giudizi non potrebbero, dunque, essere sottratti al giudice del fatto". Cfr. *Relazione*, Commissione Riccio 26 luglio 2006, consultabile in Cfr. *Relazione*, della Commissione Riccio 26 luglio 2006, consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_2_7_6_1&contentId=SPS72293#29.

⁷⁶⁹ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., pp. 707-708.

⁷⁷⁰ Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 10, nonché VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 321. Per un approfondimento, cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁷¹ Questi alcuni dei punti interrogati sollevati dalla dottrina: "Il potere di sdoppiamento andrebbe previsto per qualunque tipo di processo? l'udienza di commisurazione della pena dovrebbe svolgersi pubblicamente o in camera di consiglio? in che limiti andrebbe garantita l'immediatezza (ossia l'identità fisica tra il giudice dell'accertamento del fatto e il giudice della pena)? quanto tempo dovrebbe trascorrere tra le due decisioni? l'ordinanza che dispone il differimento della decisione sulla pena dovrebbe essere depositata prima o dopo la celebrazione di tale udienza? quale forma dovrebbe assumere la decisione sulla pena?". Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

sanzionatoria sulla personalità ed individualità dell'imputato: secondo la dottrina, il parziale superamento del divieto di perizia criminologica sarebbe irragionevole e dovrebbe cadere anche per le indagini preliminari, con tutte le conseguenze che, però, ne seguirebbero in termini di costi economici e processuali, nonché sugli esiti negati che l'imputato potrebbe subire in caso di sua finale assoluzione, con un possibile – quanto rischioso e realistico – condizionamento psicologico del giudice⁷⁷².

(2) Ipotesi che potrebbe verificarsi verosimilmente in sede di gravame, nella misura in cui il giudice d'appello non valuta unicamente il profilo sanzionatorio (contrariamente a quanto avviene nei sistemi di *common law*), e, quindi, sarebbe impossibile impedire che gli esiti dell'indagine personologica effettuata in primo grado non tornino ad influenzare anche il giudizio di secondo grado in punto di colpevolezza.

(3) Il terzo appunto, il più rilevante, riguarda il mancato raccordo con la fase esecutiva: per quanto, infatti, si ritenga pregevole il tentativo operato da una parte della dottrina di valorizzare il momento commisurativo della pena, isolandolo in un momento separato e distinto rispetto all'accertamento della colpevolezza (con tutte le criticità sollevate circa l'impossibilità di scindere il giudizio sull'elemento soggettivo dalla fase di commisurazione della pena)⁷⁷³, residuano forti perplessità circa la validità sul (mancato) coordinamento con la giurisdizione esecutiva e con le ampie possibilità riconosciute a quest'ultima di incidere sulla pena in corso di esecuzione. Con tale riforma si procederebbe, quindi, ad una miglior razionalizzazione dell'assetto del processo di cognizione, ma verrebbero trascurate tutte le incongruenze e contraddizioni insite nella giurisdizione esecutiva, che rimarrebbero, pertanto, immutate⁷⁷⁴.

Viste le critiche del *modello bifasico eventuale*, un'altra parte della dottrina elabora una seconda variante consistente “nell'effettuare il giudizio di commisurazione della pena *dopo il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della colpevolezza*”: giudice delegato alla determinazione della pena diviene, in tale prospettiva, il tribunale di sorveglianza, «vero e proprio “tribunale delle pene”, cui affidare per intero le decisioni relativi al trattamento sanzionatorio dell'imputato (*rectius*, del condannato)»⁷⁷⁵.

⁷⁷² Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁷³ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁷⁴ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁷⁵ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

Una soluzione che, secondo la dottrina: «(1) Eviterebbe ogni condizionamento psicologico sull'organo giudicante chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato; (2) avrebbe il merito di collocare la decisione sulla pena in prossimità della sua effettiva esecuzione; (3) potrebbe beneficiare di alcune positive connotazioni strutturali del tribunale di sorveglianza, come la sua collocazione distrettuale, che "consentirebbe di armonizzare le pene in un ambito più ampio", e la sua composizione mista (giudici togati ed esperti del settore del trattamento), che sarebbe in grado di assicurare alle questioni trattate il necessario approccio personologico»⁷⁷⁶.

Si tratta di una posizione in grado di suscitare, secondo la dottrina, "un fascino pressochè irresistibile sui processualisti che abbiano a cuore le sorti del modello accusatorio"⁷⁷⁷: "Destinato a sfociare nella sola alternativa colpevole/innocente, il processo di cognizione diventerebbe finalmente il regno dei giudizi denotativi, delle affermazioni suscettibili di verifica o falsificazione"⁷⁷⁸. Tale soluzione, oltre a presentare un percorso di razionalizzazione dell'esecuzione penale, anche in un'ottica di economicità delle risorse e dei costi processuali, opererebbe un pregevole tentativo di coordinamento rispetto alla tanto agognata riforma del sistema sanzionatorio verso l'implementazione delle misure alternative che, in tale contesto *de iure condendo*, diverrebbero vere e proprie sanzioni principali comminate in esecuzione – a seguito della sentenza dichiarativa di condanna (*rectius*, colpevolezza) – da un collegio giudicante esperto, a composizione mista all'interno di un percorso trattamentale individualizzato e personalizzato⁷⁷⁹.

L'istituzione del *Tribunale delle pene* consentirebbe, inoltre, il rilancio della giurisdizione esecutiva, secondo una lettura costituzionale, assimilando così la fase esecutiva al processo di cognizione quanto al profilo della terzietà ed imparzialità del giudice, parità delle armi e garanzia del contraddittorio: allo stesso tempo, però, una simile impostazione riporterebbe in luce il fatto che la giurisdizione esecutiva (in particolar modo, la giurisdizione rieducativa) non si possa prestare ad una "perfetta" costituzionalizzazione *ex art. 111 Cost.*, ma che si snodi lungo paradigmi e regole

⁷⁷⁶ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁷⁷ Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 321.

⁷⁷⁸ Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 321.

⁷⁷⁹ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

fisiologicamente più attenuati in ragione della maggiore pragmaticità e immediatezza dell'esecuzione della pena e delle esigenze di vita del detenuto⁷⁸⁰.

Proposta estremamente affascinante, quanto eccessivamente radicale, la cui attuazione comporterebbe una pressochè totale revisione del processo penale: innegabili le difficoltà di coordinamento con il sistema delle impugnazioni, per non parlare della dubbia legittimità (all'interno di un sistema meramente accertativo della colpevolezza) dei riti alternativi e delle misure premiali – *lato sensu* sospensive/sostitutive della pena – quali, *in primis*, la sospensione condizionale della pena ovvero il coordinamento con gli istituti emergenti connessi al potenziamento del ruolo, all'interno delle dinamiche processuali, della mediazione penale e/o delle forme di giustizia riparativa.

Oltre alle problematiche citate, tale proposta non tiene conto del coordinamento con il giudice dell'esecuzione in senso tecnico: l'interrogativo rimasto irrisolto concerne l'individuazione dell'organo competente chiamato a svolgere le funzioni di controllo sul titolo esecutivo. Seguendo l'impostazione sopra citata, sembrerebbe naturale attribuire anche le funzioni del giudice del titolo esecutivo al *Tribunale delle pene*, il quale potrebbe venir identificato alternativamente o con la magistratura di sorveglianza – spostando l'intero carico di lavoro sulla pena su tale organo già esistente – oppure su di un'unica struttura giudiziaria autonoma, verosimilmente radicata in ogni distretto di corte d'appello, con una competenza mista – esecutiva/penitenziaria – coadiuvata da un organico esperto⁷⁸¹.

L'attribuzione del ruolo del *Tribunale delle pene* ad un organo comune viene proposta da una parte della dottrina che, invece, di limitarsi a spostare il carico di lavoro interamente sulla magistratura di sorveglianza, sostiene che “se supportata dalle opportune soluzioni organizzative-ordinamentali, un unico *corpus* giudiziario dell'esecuzione potrebbe costituire una scelta opportuna, per un efficace e tempestivo intervento, nell'ottica di individuare un profilo sanzionatorio che rapporti il fatto all'autore di reato, vagliandone le potenzialità di recupero attraverso l'immediato accesso a forme extramurarie”⁷⁸².

⁷⁸⁰ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁸¹ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7.

⁷⁸² È da sottolineare, però, che la dottrina maggioritaria si muove pur sempre all'interno di una visione del processo penale, in cui il giudice della cognizione individua il trattamento sanzionatorio ed il giudice della pena si interessa della fase esecutiva/penitenziaria. La peculiarità di tale riforma consisterebbe nell'attribuzione al giudice della pena del promovimento dell'esecuzione nelle forme della

Due modelli di riforma ugualmente innovativi, uno (il primo esposto) più moderato, l'altro (il secondo) più radicale: entrambi muovono dall'esigenza – ormai conclamata – di un ripensamento globale ed organico dell'esecuzione penale. La prima proposta si mostra maggiormente attuabile, in una prospettiva di medio-periodo, in forza di una delega ministeriale in materia di riforma del codice di procedura penale che potrebbe investire nello specifico l'esecuzione della pena: del resto, non è estranea alle ultime legislature, compresa anche quella in carica, una spiccata propensione verso la rimodulazione della fase esecutiva, anche se (per ora) solamente limitata al potenziamento della giurisdizione penitenziaria.

giurisdizione esecutiva, con ciò eliminando il meccanismo sospensivo dell'esecuzione, *ex art. 656 c.p.p.* che, come noto, crea un'esecuzione penale a “doppia velocità”, con eccessivi margini di manovra a cura dell'ufficio del pubblico ministero ed un'anticipazione (forse, eccessiva) dell'intervento della magistratura di sorveglianza *ancor prima* dell'inizio dell'esecuzione penale, in caso di accesso alle misure alternative da parte dell'interessato, *ex art. 656, co. 5 c.p.p.*: il ruolo del pubblico ministero verrebbe ricondotto, così, all'interno della logica della giurisdizione rieducativa, quale parte collaborativa e non antagonista del procedimento trattamentale. La dottrina segue, quindi, la soluzione proposta dalla Commissione Riccio, attribuendo all'organo giurisdizionale le funzioni, oggi, di competenza del pubblico ministero, con il concentramento dell'attività esecutiva presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione in punto di promovimento dell'esecuzione della pena detentiva, che, in tale prospettiva, viene concepita come immediatamente esecutiva, la cui sospensione potrebbe essere concessa, a seguito dell'accertamento di motivi oggettivi e/o soggettivi di impossibilità di eseguire la pena detentiva ovvero motivi nuovi per la positiva concessione della misura alternativa alla detenzione, negata in un primo momento, in forza di apposito reclamo proposto ad un organo collegiale, secondo una procedura semplificata, “senza formalità”, con la possibilità ulteriore per le parti (pubblico ministero, interessato e/o difensore) di proporre dinanzi allo stesso giudice opposizione all'esecuzione. Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 7, nonché LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 10.

V.

L'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA

profili concettuali e sistematici della pena in executivis

La pena che viene oggi eseguita, con la quale si irroga ogni giorno concreta sofferenza, ha sempre ed ancora la consueta e tradizionale fisionomia della privazione della libertà personale, del carcere che esclude, traumatizza, desocializza ed alimenta il circuito criminale.

[FORNASARI, *Intervento*, in *Silete poenologi in munere alieno!*, cit., p. 168]

SOMMARIO: SEZIONE I – LA PENA *IN EXECUTIVIS*: LA “GRAMMATICA PROCESSUALE”. – 5.1. L'esecuzione della pena detentiva: ordine di esecuzione e ruolo del pubblico ministero. – 5.1.1. (*Segue*) Le recenti modifiche dell'art. 656 c.p.p. – 5.1.2. (*Segue*) Questioni intertemporali. – 5.2. I (nuovi) poteri del giudice dell'esecuzione. – 5.3. Il procedimento d'esecuzione tra legalità e rieducazione. – 5.4. La tutela giurisdizionale dei detenuti. Cenni. – 5.4.1. Le criticità applicative: soluzioni *de iure condendo*. – SEZIONE II – LA PENA *IN EXECUTIVIS*: LA “GRAMMATICA SOSTANZIALE”. – 5.5. La legalità della pena *in executivis*. Il tempo delle norme esecutive. – 5.6. La retroattività della *lex mitior*. Bilanciamento degli interessi: certezza del diritto o certezza dei diritti? – 5.6.1. Il limite del giudicato all'art. 2, co. 4 c.p.: possibile superamento? – 5.7. La funzione della pena. Il finalismo rieducativo. – 5.7.1. Il nocciolo duro della dignità umana del detenuto. – 5.8. L'individualizzazione della pena. Un approccio costituzionalmente orientato. – 5.8.1. La dimensione qualitativa: il carcere come *extrema ratio*. – 5.8.2. L'indagine personologica del reo: la perizia criminologica. – 5.8.3. Il più ampio ventaglio sanzionatorio: dal carcere come *extrema ratio* ad altre pene (alternative) principali, a forme di rinuncia della pena. – 5.8.4. Una riforma “costosa” in termini di risorse e formazione.

Sezione I

La pena *in executivis*: la “grammatica processuale”

5.1. L'esecuzione della pena detentiva: ordine di esecuzione e ruolo del pubblico ministero.

Come si è visto sopra, nell'architettura codicistica assume rilievo centrale l'art. 656 c.p.p., il quale prevede che il pubblico ministero “cura di ufficio l'esecuzione dei provvedimenti”.

Definita, quindi, in termini di obbligatorietà, l'attività esecutiva del pubblico ministero si configura come un potere-dovere, non diversamente da come è strutturato

l’esercizio dell’azione penale: i caratteri tipici (obbligatorietà, pubblicità, ufficialità e irretroattività) sono riscontrabili, infatti, anche nell’esercizio dell’attività propulsiva dell’esecuzione. L’aver conferito al titolare dell’accusa il ruolo “di organo promotore” della fase esecutiva, con attribuzione anche del potere di emettere l’ordine di esecuzione⁷⁸³, con provvedimenti che, quindi, incidono *direttamente sulla libertà personale dell’individuo*, è stata una scelta normativa fortemente contestata e criticata: una parte della dottrina avalla tale soluzione normativa, nella misura in cui “appare impensabile immaginare una messa in moto del giudice *ex officio* in un rito a parti contrapposte”⁷⁸⁴; dall’altra, si è evidenziata la diretta incompatibilità della previsione con l’art. 111 Cost.⁷⁸⁵, da parte della dottrina (ad oggi maggioritaria), che si muove verso la piena costituzionalizzazione della fase esecutiva⁷⁸⁶.

Il pubblico ministero, legittimato ad occuparsi della vicenda esecutiva, ha una competenza funzionale che si raccorda con la competenza (altrettanto funzionale) del giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 665 c.p.p., rispondendo alla necessità di razionalizzare e di semplificare il più possibile il compimento delle attività di attuazione del titolo esecutivo, nonché di assicurare, anche in qualità di organo propulsore, il principio dell’unicità dell’esecuzione⁷⁸⁷.

⁷⁸³ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 117. In senso analogo, cfr. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 119; CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 93; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 113.

⁷⁸⁴ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 118. La dottrina maggioritaria infatti è condivisa la soluzione del legislatore, cfr. CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, cit., p. 41; DI GIOVANNI, *L’esecuzione nel nuovo processo penale*, cit., p. 48; GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell’esecuzione penale*, cit., p. 31; GUARDATA, sub art. 656, (a cura di) Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, p. 474; TRANCHINA, *L’esecuzione*, cit., p. 584.

⁷⁸⁵ Si esprimono in termini critici, invece, GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 25, per i quali: [...] una volta adottato il principio della piena giurisdizionalità del procedimento esecutivo, appare illogico di un vero e proprio contraddittorio”; in senso analogo, GAITO, voce *Esecuzione*, cit., p. 547.

⁷⁸⁶ Sul punto cfr., per tutti, LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 113, secondo cui “la distonia, sul piano dei principi, è [...] evidente e notevole, tanto da legittimare un giudizio critico complessivo sulla fase *de qua*, così come regolata in virtù delle scelte operate da codice del 1988, sulla base del rilievo che i canoni tipici del processo di parti risultano non attuati nella circostanza”. Sul punto, cfr., altresì, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 788; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 144.

⁷⁸⁷ L’art. 655 c.p.p. non contiene alcuna disposizione di carattere generale in ordine alla forma degli atti del pubblico ministero, ma la visione unitaria della disciplina positiva evidenzia che l’attività relativa all’esecuzione delle varie specie di pena si svolge sulla base di uno schema agile e senz’altro ravvicinabile a quello *de plano* utilizzato dal giudice dell’esecuzione. Unica espressa menzione del co. 5 dell’art. 655 c.p.p. viene posta in relazione ad un importante adempimento di carattere formale: i provvedimenti per i quali è prescritta, infatti, la partecipazione al difensore devono essere notificati – pena la nullità – entro trenta giorni dalla loro emissione, al difensore nominato dall’interessato o, in mancanza, a quello designato dal pubblico ministero a norma dell’art. 97 c.p.p. Lo scopo della previsione è evidentemente quello di consentire il controllo, da parte del soggetto sottoposto all’esecuzione e,

L'attività esecutiva è preceduta da una necessaria *fase preliminare*. Come si è già anticipato⁷⁸⁸, la cancelleria trasmette, senza ritardo (e, comunque entro cinque giorni) l'estratto del provvedimento irrevocabile all'ufficio del pubblico ministero, legittimato a promuovere l'esecuzione, *ex artt.* 656 c.p.p., in combinato disposto con l'art. 28 Reg. esec. c.p.p., contenente quanto indispensabile per individuare l'identità del condannato, il dispositivo, nonché copia dei provvedimenti che hanno definito gli eventuali altri gradi di giudizio (*ex artt.* 28, co. 2 Reg. esec. c.p.p.). Acquisito il provvedimento da eseguire, la segreteria dell'ufficio del pubblico ministero è competente a svolgere *una serie di adempimenti preliminari*: il primo è costituito dall'iscrizione della sentenza di condanna nel registro delle esecuzioni; il secondo concerne la formazione di un apposito fascicolo (*ex art.* 29, co. 1 lett. b) Reg. esec.

segnatamente del suo difensore (attesa la tecnicità dei provvedimenti in questione) del contenuto dei provvedimenti stessi e dei loro presupposti. Le varie specificazioni dell'art. 665 c.p.p., in ordine ai diversi gradi di giudizio, consentono di individuare il pubblico ministero competente sull'esecuzione: (a) se trattasi di provvedimento emesso in primo grado, non appellato o comunque con appello dichiarato inammissibile, oppure se il giudizio di appello si è concluso con una conferma o con una riforma attinente esclusivamente alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, la competenza a promuovere l'esecuzione spetta al pubblico ministero presso il giudice di primo grado; (b) ove il provvedimento emesso in grado di appello abbia riformato la pronuncia di primo grado operando una "rielaborazione sostanziale" della decisione impugnata (dunque, al di là della mera riforma *quoad poenam* o in punto di misure di sicurezza o di disposizioni civili), competente è il pubblico ministero presso il giudice di appello; (c) qualora sia stato proposto ricorso per Cassazione definito o con declaratoria di inammissibilità, o con rigetto o annullamento senza rinvio e trattasi di ricorso *per saltum* o avverso provvedimento non appellabile e, infine, avverso una decisione resa in grado di appello che conferma una decisione di primo grado o la riforma solo quanto alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, la competenza appartiene al pubblico ministero presso il giudice di primo grado; diversamente competente è il pubblico ministero presso il giudice di appello. Nel caso, inoltre, di giudizio di Cassazione, conclusosi con sentenza di annullamento con rinvio, competente è sempre il pubblico ministero presso il giudice di rinvio; nell'ipotesi, invece, in cui vi siano più provvedimenti da eseguire emessi da giudici diversi, competente è il pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo. Per un approfondimento, cfr., in dottrina, CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 194; DI GIOVANNI, *L'esecuzione*, cit., p. 10; DI RONZA, *Manuale*, cit., p. 36; GUARDATA, sub art. 655, in *Commento*, cit., p. 481; MAISTO, *Confermata l'attività del pubblico ministero quale "motore" dell'esecuzione penale*, in *Guida dir.*, 1998, n. 23, p. 23; PRESUTTI, *Disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1993, p. 197. Ulteriore nota normativa. Il pubblico ministero è legittimato ad impugnare con ricorso per Cassazione i provvedimenti adottati dal giudice dell'esecuzione, *ex art.* 666, co. 6 c.p.p. Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 96.

⁷⁸⁸ Dettagli formali (burocratici) di mera forma, la cui rilevanza è essenziale. Dall'esatta definizione e delimitazione di tali precisazioni normative è possibile comprendere l'evoluzione temporale e cronologica dell'esecuzione della pena. Dettagli tecnici spesso trascurati e/o ignorati che rappresentano dei momenti fondamentali ai fini della legittimazione dell'azione esecutiva del pubblico ministero; errori o lacune che devono quindi essere eccepiti in sede di valutazione della legalità della pena eseguita.

c.p.p.) ove sono contenuti i documenti essenziali per attivare in concreto l’esecuzione del comando sanzionatorio⁷⁸⁹.

Tutta l’attività preliminare è strettamente funzionale all’adozione dell’*ordine di esecuzione*⁷⁹⁰, mediante il quale se il condannato non è detenuto⁷⁹¹, se ne dispone la

⁷⁸⁹ I documenti rilevanti sono: il provvedimento giurisdizionale divenuto esecutivo, il certificato del casellario giudiziale riguardante il condannato, i dati acquisiti dal servizio informatico di cui all’art. 97 disp. att. c.p.p., nonché copia degli atti del procedimento di grazia e dei provvedimenti adottati in sede di esecuzione. Formato il fascicolo, la segreteria del pubblico ministero inizia il computo del pre-sofferto e cumulo delle pene. Spetta, altresì, alla segreteria il compito di trasmettere al direttore dell’istituto penitenziario dove si trova il condannato un foglio, sottoscritto dal pubblico ministero con l’indicazione della quantità di pena da eseguire e della data di fine esecuzione della pena, nonché comunicare allo stesso direttore ogni successivo provvedimento, *ex art. 29, co. 1 lett. d) ed e) Reg. esec. c.p.p.* Per un approfondimento ulteriore, cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 127. Sulla base della documentazione acquisita e di una prima verifica a cura della segreteria, il pubblico ministero è tenuto a svolgere alcune verifiche di carattere preliminare sia di tipo oggettivo in merito alla pena da eseguire (come, ad esempio, controlli relativi alla corretta determinazione dell’ordine di esecuzione ovvero alla verifica delle pene concretamente eseguibili ed il rispetto dei limiti di pena per cui procedere alla sospensione dell’esecuzione) sia di tipo soggettivo per escludere qualsiasi dubbio circa il destinatario dell’esecuzione. Cfr. Cass. pen. 22 aprile 1994, P.M. in c. Guerrini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2203; Cass. pen. 15 aprile 1999, Gabbetta, in CED n. 214029; Cass. pen. 5 marzo 1996, P.M. in c. Verde, in CED n. 204311. In dottrina, cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 127.

⁷⁹⁰ Venendo ora all’esame dell’art. 656 c.p.p., preme sottolineare il mutamento di dicitura da ordine di carcerazione della formulazione previgente con “ordine di esecuzione”, notevolmente più “idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui la esecuzione non comporti restrizioni in carcere (ad esempio la detenzione domiciliare)”. Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 41, nonché DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 107; MAZZA, *Il giudice e il procedimento d’esecuzione*, (a cura di) Corso, *Manuale dell’esecuzione*, III ed., Bologna, 2006, p. 355.

⁷⁹¹ L’emissione dell’ordine di esecuzione che dispone la carcerazione del condannato non detenuto presuppone, inoltre, l’accertamento dell’*eseguitività* della sentenza di condanna; si tratta di un accertamento non sempre di tipo documentale, potendo assumere anche una certa complessità. Situazioni che presentano aspetti di problematicità vengono sovente a profilarsi in tema di computo della custodia cautelare e delle pene espiate *sine titulo*. L’art. 657 c.p.p. contempla una equiparazione tra pena e custodia cautelare, tra pena ed applicazione provvisoria della misura di sicurezza detentiva, tra pene della stessa specie anche quando sia intervenuta una causa parzialmente estintiva (amnistia o indulto), tra pene di specie diverse, tra pene e misure di sicurezza: ciò in linea con un criterio di fungibilità della pena il più ampio possibile, idoneo a ricomprendere tutti i periodi di privazione della libertà personale comunque sofferti senza effettiva giustificazione. Per contro, l’applicazione di tali criteri è espressamente vietata ove la custodia cautelare e la detenzione sofferta senza titolo abbiano preceduto la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena eseguibile (art. 657, co. 4 c.p.p.), altrimenti “si verificherebbe l’assurda situazione di un periodo di carcerazione preventiva che costituisce una sorta di futura immunità da carcerazione per l’individuo”. La legittimità di tale previsione è stata messa in dubbio a più riprese dalla dottrina sia in merito al fatto che un controllo sulla causa estintiva, parziale o totale, della pena debba necessariamente competere, in ogni caso, al giudice e non all’organo della pubblica accusa sia in ragione del suo contenuto. Problemi analoghi si riscontrano anche in relazione alla soluzione normativa che attribuisce la competenza al pubblico ministero sull’unificazione delle pene concorrenti, *ex art. 663, co. 1 c.p.p.*, con l’attribuzione del più tipico dei poteri della giurisdizione penale ad un organo non giurisdizionale: l’unificazione delle pene concorrenti postula, infatti, la decisione anche sul criterio di cumulazione applicabile. Si ravvisa in dottrina l’esigenza di raccordare l’intervento del pubblico ministero con il giudice dell’esecuzione, il quale dovrebbe essere interpellato, in ogni caso, in tema di concorso di reati, anche per il necessario raccordo con l’art. 671 c.p.p. che, invece, individua nel giudice dell’esecuzione l’organo competente ad applicare l’art. 81 c.p. Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 41. Da notare, inoltre, anche il neo-introdotta art. 657-bis c.p.p., per effetto della riforma 28 aprile 2014, n. 67, per cui si è espressamente stabilito come il periodo di prova, in caso di fallimento, venga

carcerazione, previa consegna di copia all'interessato, ex art. 656, co. 1 c.p.p. oppure, qualora il condannato risultasse detenuto, l'ordine viene notificato e, altresì, comunicato al Ministro della Giustizia⁷⁹².

Trattandosi, inoltre, di attività destinata a provocare un'immediata restrizione della libertà della persona, ai sensi dell'art. 656, co. 4 c.p.p. si prescrive – al pari di quanto sancito per le misure cautelari, ex art. 277 c.p.p. – che l'esecuzione della condanna a pena detentiva debba avvenire con modalità tali da salvaguardare i diritti della persona⁷⁹³.

computato ai fini della pena da eseguire, da parte del pubblico ministero. Momento definitorio da non sottovalutare nella misura in cui il legislatore ha espressamente equiparato il periodo di prova revocata (in caso di fallimento della stessa) al *quantum* di pena da eseguire, alludendo di fatto a una concezione ancora punitiva e, quindi, afflittiva dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova (ben lontano, direbbe una parte della dottrina, dalla realizzazione del paradigma riparativo, proprio del *probation*): tale equiparazione è stata sottolineata anche di recente dalle Sezioni Unite, nella pronuncia del 1° settembre 2016, n. 32762. L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova risulta altresì rilevante nella misura in cui, per la prima volta, nell'ordinamento, si introduce uno schema anticipato di messa alla prova, non solo anticipato rispetto all'esecuzione (*id est*: correlativa misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale), quanto rispetto al processo, interrompendo così lo schema tipico (anche per il portato costituzionale, ex art. 27, co. 2 e 3 Cost.) del sistema processuale italiano. Come ha notato la dottrina (a cui si aderisce), affinché la messa alla prova possa dirsi davvero uno schema processo/pena alternativo rispetto alla sanzione penale, è indispensabile rivedere la disciplina attuata con il potenziamento (reale ed effettivo) del paradigma della giustizia riparativa, rinunciando alla componente afflittiva tipica della pena. In tale direzione, quindi, sarebbe auspicabile rivedere la misura, prevedendo la sua applicazioni in termini obbligatori (da parte del giudice) a fronte di un'istanza del richiedente (indagato/imputato) al fine di evidenziare la portata innovativa che il consenso ha nel trattamento processuale e "sanzionatorio": un percorso nuovo, in cui la partecipazione attiva dell'autore nella propria risocializzazione e responsabilizzazione verso la vittima e la collettiva, possa giocare finalmente un ruolo rilevante. Sul punto, cfr., *in primis*, BERTOLINI B., *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato*, (a cura di) Marandola, Napoli, 2015, p. 25. Per un riferimento generale all'istituto, solo citato come ipotesi esemplificativa, cfr., *ex multis*, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661; ID., *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015; CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2012, p. 7; FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.* 2014 n. 21, p. 63; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

⁷⁹² Il provvedimento, che va notificato, ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p.p., al difensore del condannato deve contenere le generalità della persona nei cui confronti va eseguito, quanto sia funzionale alla sua identificazione, nonché l'imputazione, il dispositivo del provvedimento giurisdizionale e le disposizioni necessarie per l'esecuzione. Ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p.p. si prevede che l'ordine di esecuzione deve essere notificato, entro trenta giorni dalla sua emissione, al difensore del condannato: all'omessa o errata notificazione consegue una nullità, rilevabile senza limiti di tempo, fino al compimento dell'atto originariamente inficiato da invalidità; tale invalidità non travolge comunque il titolo esecutivo. In dottrina, cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 127, nonché CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pp. 139-140; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa*, cit., p. 129 ss.; DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, cit., pp. 36-38.

⁷⁹³ Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 51 ss.

Da una lettura complessiva delle norme processuali sulla competenza tecnico-contabile del pubblico ministero, la dottrina rileva “una forma schiacciante di preminenza, in macroscopica dissonanza con la tendenziale finalizzazione del sistema a garantire la partecipazione paritetica di accusa e difesa in ogni stato e grado del procedimento”⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Cfr. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 117. Oltre all'*iter* esecutivo della pena detentiva, il sistema appresta specifiche regole procedurali per l'esecuzione delle altre specie di pena: (a) *l'esecuzione delle pene pecuniarie*. L'attività diretta alla riscossione delle pene pecuniarie rileva scarsamente sul piano processuale, almeno per quanto attiene alle modalità esecutive. Quanto all'esecuzione delle pene pecuniarie irrogate dal giudice di pace, l'art. 42 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 247 richiama la regola generale dell'art. 660 c.p.p., per cui “2. Quando è accertata la impossibilità di esazione della pena pecuniaria o di una rata di essa, il pubblico ministero trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza competente per la conversione, il quale provvede previo accertamento dell'effettiva insolvibilità del condannato [...]”, apportandovi, però una significativa eccezione, giustificata “da ragioni di economia processuale, funzionali alla concentrazione delle competenze *in executivis*”: viene, infatti, stabilito che la competenza ad accertare lo stato di effettiva insolvibilità del condannato sia il giudice di pace competente per l'esecuzione, anziché il magistrato di sorveglianza. Relativamente poi alla conversione delle pene pecuniarie per l'insolvenza del condannato, l'art. 55 d.lgs. 274/2000 individua nel lavoro di pubblica utilità la sanzione in cui può essere trasformata la pena pecuniaria; se è violato l'obbligo del lavoro sostitutivo, la parte residua di pena pecuniaria non eseguita con il lavoro si converte nell'obbligo di permanenza domiciliare. I criteri di ragguaglio, per la conversione della pena pecuniaria nella sanzione del lavoro sostitutivo e della permanenza domiciliare, sono fissati nei commi 2 e 6 del citato art. 55. (b) *l'esecuzione delle pene accessorie e sostitutive*. Con riferimento all'esecuzione delle sanzioni sostitutive e delle pene accessorie, le previsioni degli artt. 661 e 662 c.p.p. disciplinano sostanzialmente l'attività propulsiva del pubblico ministero, in quanto le modalità esecutive delle sanzioni sostitutive sono regolate dagli artt. 62 ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689; mentre gli organi deputati ad eseguire materialmente le pene accessorie sono la polizia giudiziaria e l'autorità di pubblica sicurezza. (c) *l'esecuzione delle misure di sicurezza*. L'art. 658 c.p.p. contempla l'attività del pubblico ministero allorché debbano eseguirsi provvedimenti che ordinano l'applicazione di una misura di sicurezza, diversa dalla confisca: tale attività esecutiva si risolve nella trasmissione dal pubblico ministero (presso il giudice che ha emesso il provvedimento al pubblico ministero) al magistrato di sorveglianza competente territorialmente a “vigilare” sull'esecuzione delle misure di sicurezza. Il magistrato di sorveglianza si pronuncia su richiesta del pubblico ministero stesso, dell'interessato o del difensore oppure d'ufficio, su ogni questione relativa all'applicazione o all'esecuzione delle misure stesse, nonché sulla revoca della dichiarazione di tendenza a delinquere, *ex art. 679 c.p.p.* Dalla regola appena esposta si sottrae l'esecuzione dei provvedimenti che dispongono la confisca, in ragione della natura particolare della misura, la quale non si fonda sul presupposto della pericolosità del soggetto; “sarebbe, quindi, assurdo rimettere gli atti al pubblico ministero presso magistratura di sorveglianza, per l'esecuzione di una misura non avente alcun carattere che giustifichi l'intervento del giudice deputato essenzialmente a valutazioni e decisioni di natura personalologica”. L'esecuzione dei provvedimenti che dispongono la confisca è rimessa, infatti, al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento, secondo la disposizione dell'art. 655 c.p.p.; competente in materia, è, inoltre, il giudice dell'esecuzione, a norma dell'art. 676 c.p.p. (d) *l'esecuzione delle misure “paradetentive” del giudice di pace*. L'esecuzione dei provvedimenti del giudice di pace, come sopra già si è anticipato in punto pena pecuniaria, trova una sua particolare regolamentazione del libro VII d.lgs. 274/2000, anche se, a ben vedere, le singole disposizioni ivi contenute (artt. 40-44) rappresentano delle deroghe alla disciplina ordinaria, a cui si rinvia *ex art. 2, co. 1* del decreto citato: l'esecuzione della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità presentano una struttura dinamica, che può essere così riassunta. Divenuta irrevocabile la sentenza di condanna del giudice di pace, la cancelleria trasmette l'estratto del provvedimento irrevocabile al pubblico ministero, organo promotore dell'esecuzione, il quale emette l'ordine di esecuzione o lo invia immediatamente unitamente all'estratto della sentenza, all'ufficio di pubblica sicurezza del comune in cui il condannato risiede o, in mancanza di questo, al comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente. L'organo di polizia, appena ricevuto il provvedimento, ne consegna copia all'interessato,

Prevalenza confermata anche nelle riforme che hanno interessato l'art. 656 c.p.p., a partire dalla legge c.d. Simeone (legge 27 maggio 1998, n. 165), con cui si è proceduto a ridisegnare i momenti genetici dell'esecuzione delle pene detentive⁷⁹⁵.

L'innovativo schema esecutivo pone l'art. 656 c.p.p. quale “anello di congiunzione fra i sistemi penale, processuale e penitenziario”, prevedendo che il pubblico ministero sia legittimato a sospendere l'esecuzione della pena detentiva, laddove non risultino superati i limiti di pena fissati *ex lege* e non sussistano le circostanze ostative espressamente previste, *ex art. 656, co. 5 c.p.p.*: la pena detentiva, “anche se costituente residuo di maggiore pena”, non deve essere superiore a tre anni oppure al maggiore limite di sei, operante nelle ipotesi di condannati tossicodipendenti

ingiungendogli di attenersi alle prescrizioni in esso contenute; nel caso in cui il condannato sia detenuto o internato, l'art. 43, co. 3 del decreto citato dispone che copia dell'ordine di esecuzione, oltre che consegnato al soggetto *in vinculis*, sia notificato al direttore dell'istituto o della sezione della struttura penitenziaria, che ha l'obbligo di informare anticipatamente l'organo di polizia della dimissione del condannato: in tal caso, la pena inizia a decorrere dal primo giorno di permanenza domiciliare o di lavoro sostitutivo successivo a quello della dimissione. (e) *l'esecuzione delle misure ex d.lgs. 231/2001*. L'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, disciplinata dalle disposizioni della sezione IX, del capo III del d.lgs. 231/2001, *ex artt. 74-82*, riconduce la competenza a conoscere l'esecuzione al giudice indicato dall'art. 665 c.p.p. che interviene, osservando le disposizioni di cui all'art. 666 c.p.p., “in quanto applicabili”, *ex art. 74, co. 3 d.lgs. 231/2001*: nonostante, infatti, da una lettura complessiva e sistemica della disciplina risulti un “microcosmo” esecutivo ed indipendente rispetto al modello “tipo” penalistico, ciò nonostante “forme rituali, *sedes materiae* e regole di formazione del titolo da eseguire” consentono, mediante una operazione ermeneutica sorretta da evidenti ragioni di opportunità sistematica, di collocare l'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato nell'alveo dell'esecuzione penale in senso ampio, con la consapevolezza – però – che le disposizioni del d.lgs. 231/2001 a tema sanzionatorio ed esecutivo realizzano un sistema di esecuzione amministrativa in sede (e non in materia) penale.

⁷⁹⁵ Di fatto, per le pene detentive medio-brevi, l'intervento di riforma sembra ricreare lo schema “bifasico”, in cui il giudice dell'esecuzione (*id est*: Tribunale di sorveglianza) stabilisce definitivamente la sanzione da eseguire, alterando significativamente il dispositivo della sentenza di condanna (da reclusione a misura alternativa alla detenzione). Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 41. L'art. 656 c.p.p. cadenza, rispetto alle pene detentive brevi, i momenti genetici dell'esecuzione attraverso una lettura moderna dei momenti genetici dell'esecuzione attraverso una lettura moderna del principio rieducativo consacrato dall'art. 27, co. 3 Cost., il quale “è forse più implicito nella pena da non spiare” che nella pena da eseguire, “essendo noto che il carcere è per sua natura desocializzante, e ad esso sono prevalentemente ispirati tutti gli istituti che escludono una pena da spiare e ne rappresentano altrettante alternative”. Cfr. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2002, p. 3. In senso analogo, CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 102-103. Per un approfondimento bibliografico, cfr., *in primis*, DELLA CASA, “Democratizzazione” dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le linee guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva, in AA. VV., *L. 27/5/1998 n. 165 – Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni – Commento*, in *Legisl. pen.*, 1998, p. 755 ss.; PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in AA. VV., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, p. 27 ss.

che possono beneficiare di particolari misure alternative di cui agli artt. 90, 94 del t.u. stup.⁷⁹⁶.

L'adozione della sospensione *ex officio* è preclusa, altresì, ove sia già stata disposta per la stessa condanna (art. 656, co. 7 c.p.p.), nonché ove ricorrano specifiche ipotesi riconducibili alla natura del reato per il quale si procede, *ex art.* 656, co. 9 lett a) c.p.p., alla sottoposizione a misura cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire, *ex art.* 656, co. 9 lett b) c.p.p. e, infine, allo *status* di recidivo di cui al combinato disposto dell'art. 99, co. 4 e 656, co. 9 lett. c) c.p.p.⁷⁹⁷.

Il meccanismo sospensivo dell'esecuzione – previsto nell'originaria versione dell'art. 656 c.p.p. per pene inferiori a tre anni, o a quattro anni, nel solo caso in cui si tratti di condannato tossicodipendente⁷⁹⁸ – è funzionale ad innestare direttamente dallo stato di libertà la verifica dell'applicabilità delle misure penitenziarie ordinarie, affidamento in prova, art. 47 ord. penit., detenzione domiciliare, art. 47-ter ord. penit., semilibertà, art. 50 ord. penit., o speciali, affidamento in prova in casi particolari (cfr. artt. 90 e 94 t.u. stup.) e la contestuale sospensione dell'esecuzione.

Sulla base della verifica, in positivo, dei limiti di pena da eseguire e dell'accertamento, in negativo, delle condizioni ostative, il pubblico ministero precedente emette, unitamente all'ordine di esecuzione, il decreto di sospensione, provvedendo a notificarli al condannato e al difensore, nominato per la fase dell'esecuzione, o, in difetto al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio: *la notifica è corredata dall'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalle documentazioni necessarie, diretta ad ottenere la*

⁷⁹⁶ La *ratio* sottesa alla riforma è di tipo equitativo, privilegiando “un criterio di razionalità e di civiltà giuridica che non consente l'esecuzione penitenziaria dei condannati allorché sussistano le condizioni per beneficiare di una misura alternativa direttamente dalla libertà”, con ciò tentando di superare l'iniquo risultato pratico per cui “talune categorie di soggetti [...] non riescono a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola e ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli”. Cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 41. In tal senso, anche KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 127, nonché DEAN, *Le norme sull'esecuzione*, (a cura di) Scalfati, *Il giudice di pace*, Padova, 2001, p. 396; MANZIONE, *L'esecuzione delle pene*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 464.

⁷⁹⁷ Disposizione, peraltro, soppressa per effetto dell'art. 1 del d.l. n. 78/2013.

⁷⁹⁸ Per un approfondimento sulla genesi e sull'evoluzione del rapporto tra art. 656 c.p.p. e normativa sugli stupefacenti, cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. pp. 97-98; KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 139; FIORENTIN, *Sospensione e differimento dell'esecuzione*, in Fiorentin-Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali*, Padova, 2007, p. 455 ss.; GIAMBRUNO, *Il trattamento dei tossicodipendenti*, (a cura di) Corso, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 379; CURTOTTI-NAPPI, sub art. 90 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, (a cura di) Giarda-Spangher, *Codice di Procedura Penale commentato*, Milano, 2010, p. 109.

*concessione delle misure alternative alla detenzione unitamente all'avviso contrario, per cui in caso di mancata presentazione dell'istanza o di sua inammissibilità, si dà immediata esecuzione alla pena detentiva*⁷⁹⁹.

Laddove, quindi, siano riscontrabili le ipotesi previste nel co. 5 dell'art. 656 c.p.p., all'ufficio del pubblico ministero si attribuisce il potere di sospendere l'esecuzione della pena detentiva e di trasmettere “gli atti senza ritardo al tribunale di sorveglianza perché provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative”: in sintonia con la *ratio* che ha ispirato l'attuazione del meccanismo sospensivo in via automatica, è previsione del Tribunale di sorveglianza, che “il condannato permanga nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti”⁸⁰⁰.

Qualche annotazione critica. Una delle principali obiezioni avanzate dalla dottrina nei primi commenti sulle riforme, *ex lege* n. 165/1998 e d.l. n. 341/2000, ha riguardato le scelte sanzionatorie identificanti *la soglia limite* posta per l'operatività del meccanismo sospensivo: si è evidenziato, infatti, il difetto di coordinamento tra la prescrizione del limite triennale, posta per l'operatività della sospensione automatica e quella relativa al limite massimo di pena, fissato dall'art. 47-ter ord. penit. in quattro anni ai fini della concessione della detenzione domiciliare⁸⁰¹. Tale incongruenza non è passata inosservata tanto da indurre la dottrina a proporre un'interpretazione estensiva volta a garantire la sospensione di tutti gli ordini di esecuzione che comportassero la concreta applicazione di una pena detentiva non superiore a quattro anni⁸⁰². Limite

⁷⁹⁹ Secondo la dottrina, dai lavori parlamentari erano emersi molteplici fattori a sostegno della riforma: tutte volte ad evitare che il condannato a pena detentiva, nei cui confronti fosse possibile applicare una misura alternativa, transitasse necessariamente per il carcere. L'esperienza infatti aveva dimostrato che il ricorso ai canali di accesso alle misure alternative da parte di condannati, pur meritevoli di accedere a misure *extra* carcerarie, erano stati insoddisfacenti, soprattutto perché gli interessati, per motivi culturali, sociali ed economici, non riuscivano a disporre di un'adeguata difesa e attivavano la procedure di favore quando l'esecuzione era già stata iniziata. Ulteriori esigenze erano state dettate dalla riduzione della popolazione carceraria ed il potenziamento dei canali di accesso alle misure alternative, in una prospettiva deflazionistica. Sul punto, cfr. CAVANELLI, *Le novità della legge Simeoni in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: b) L'analisi delle singole norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 814; KALB, *La esecuzione delle pene detentive*, in Dalia-Ferrajoli (coord. da), *Sospensione ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998, p. 7.

⁸⁰⁰ La disciplina fin qui descritta presenta delle peculiarità nel caso in cui il condannato si trovi agli arresti domiciliari, *ex art.* 656, co. 10 c.p.p. Per un approfondimento, cfr., *ex multis*, CAVANELLI, *La sospensione dell'esecuzione per il condannato agli arresti domiciliari*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1392 ss.; NIRO-SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010, p. 116 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 122.

⁸⁰¹ Cfr. CAVANELLI, *Le novità della legge Simeone*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1870 ss.

⁸⁰² Cfr. CAVANELLI, *Le novità della legge Simeone*, cit., p. 1870 ss.

rimosso solamente per effetto del recente intervento legislativo, con d.l. 78/2013, prevedendo l’inclusione dell’ipotesi di cui all’art. 47-ter ord. penit. e, quindi, il limite di quattro anni, tra le ipotesi di sospensione dell’esecuzione, ai sensi del neo-introdotto co. 4-bis dell’art. 656 c.p.p.⁸⁰³.

Forti perplessità sono state avanzate anche in relazione all’altro limite di sei anni, correlato all’applicazione di particolari benefici a favore del condannato tossicodipendente: si è criticata, infatti, l’idoneità del pubblico ministero a stabilire, sulla base degli atti in suo possesso, che il delitto per cui si procede è correlato a uno stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza, situazioni per cui si giustifica la concessione delle misure di cui agli artt. 90 e 94 t.u. stup.⁸⁰⁴. Tra le tante soluzioni proposte, una parte della dottrina suggerisce di subordinare l’esercizio della sospensione all’onere del pubblico ministero della produzione tempestiva di idonea documentazione attestante la condizione soggettiva di tossicodipendenza⁸⁰⁵.

Una disamina maggiormente approfondita meritano le condizioni ostative, di cui all’art. 656, co. 9 c.p.p. La prima condizione ostativa, indicata alla lett. a) della disposizione citata – nella versione della legge n. 165/1998 – escludeva dal meccanismo sospensivo i condannati per taluni delitti, quali quelli indicati dall’art. 4-bis ord. penit., nonché quelli previsti dagli artt. 423-bis, 624 c.p.⁸⁰⁶ – quando ricorrono due o più circostanze tra quelle indicate nell’art. 625 c.p. – 624-bis e, infine, i delitti ove ricorrano l’aggravante di cui all’art. 61, co. 1, n. 11-bis c.p.⁸⁰⁷.

Come è noto, con il d.l. n. 92/2008 sono state aggiunte ulteriori fattispecie “ostative”, tra cui, gli artt. 600-bis e 628 c.p., poi espunti in sede di conversione con legge n. 49/2006; elenco successivamente ritoccato per effetto dell’art. 1, co. 1 lett. b), n. 3) del d.l. n. 78/2013, conv. con legge n. 94/2013, prevedendo l’aggiunta, altresì, dei delitti di cui agli artt. 572, co. 2 e 612-bis, co. 3 c.p. In contrapposizione alla tendenza restrittiva e repressiva del legislatore, l’orientamento consolidato della Corte

⁸⁰³ Peraltro le perplessità non vengono meno nella misura in cui il legislatore della riforma d.l. 146/2013, creando una nuova ipotesi di affidamento in prova ai servizi sociali – c.d. “allargato” – che riguarda condanne fino a quattro anni di reclusione non ha provveduto a raccordare tale previsione con il limite edittale di tre anni previsto, invece, per le ipotesi ordinarie di sospensione dell’esecuzione, *ex art.* 656 c.p.p.

⁸⁰⁴ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 140.

⁸⁰⁵ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 140.

⁸⁰⁶ Ipotesi espunta dal d.l. n. 78/2013.

⁸⁰⁷ Ipotesi dichiarata incostituzionale con la sent. 249/2010 della Corte costituzionale ed espunta dalla disposizione con il d.l. 78/2013.

costituzionale ha nel corso degli ultimi decenni, progressivamente, ridotto l'area di operatività delle condizioni ostative, dichiarando la loro previsione costituzionalmente illegittima⁸⁰⁸.

Con riguardo, inoltre, al rinvio all'art. 4-*bis* ord. penit. la dottrina evidenzia che, a seguito della riforma dell'art. 656 c.p.p., tale disposizione finisce per assumere un ruolo nuovo nel più ampio contesto del sistema dei divieti: “Da norma finalizzata infatti a introdurre limiti di accesso alle misure alternative, per quanto concerne la disciplina penitenziaria, a divieto assoluto del beneficio della sospensione automatica nel quadro codicistico, sulla base di una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità”⁸⁰⁹. La dottrina parte dal presupposto che la previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. delinei una “fattispecie preclusiva complessa che si sostanzia in una serie di impedimenti ritenuti utili a incentivare la collaborazione investigativa del condannato”⁸¹⁰: appare, quindi, singolare la scelta del legislatore che, nel tentativo di stabilire dei limiti certi all'operatività del decreto di sospensione dell'esecuzione, abbia fatto rinvio a semplici delitti⁸¹¹.

Tale scelta riverbera i suoi effetti direttamente sull'azione esecutiva, poiché il pubblico ministero dovrebbe verificare non solo che il titolo esecutivo non riguardi condanne rientranti nelle fattispecie di criminalità organizzata espressamente richiamate dall'art. 4-*bis* ord. penit., ma anche che nella sentenza di condanna non sia attribuita la responsabilità anche per altre condotte che comunque denotino la forza d'intimidazione del vincolo associativo mafioso o la condizione di assoggettamento e di omertà o ancora

⁸⁰⁸ Cfr. Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249. Tra queste si annovera, in primo luogo, l'ipotesi della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'aggravante comune della c.d. clandestinità, ex art. 61, co. 1, n. 11-*bis* c.p., con sent. n. 249/2010, nonché, da ultima, la recente pronuncia n. 125/2016 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima anche la previsione dell'inclusione dell'art. 624-*bis* c.p. Cfr. Corte cost., 6 aprile 2016, n. 125, cfr. *Furto con strappo e sospensione dell'esecuzione delle pene detentive: dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 c. 9 lett. a) c.p.p.* (a cura di), *Redazione Giurisprudenza penale*, consultabile in <http://www.giurisprudenzapenale.com/2016/06/01/furto-con-strappo-e-sospensione-dellesecuzione-delle-pene-detentive-dichiarata-lillegittimita-costituzionale-dellart-656-c-9-lett-a-c-p-p/>, 1° giugno 2016.

⁸⁰⁹ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133, nonché VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. pp. 97-98.

⁸¹⁰ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133, nonché DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, (a cura di) Scalfati, *Il decreto sicurezza Torino 2008*, p. 141. Sul punto, anche APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, (a cura di) Scalfati, *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, p. 15 ss.; AMODIO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.*, n. 32/2008, p. 89.

⁸¹¹ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133.

che tali condotte non siano state poste in essere al fine di agevolare il compimento di reati di criminalità organizzata⁸¹².

La seconda condizione ostativa concerne lo *status libertatis* del condannato al momento in cui la sentenza diviene definitiva, atteso che il divieto scatta nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovi in stato di custodia in carcere, *ex art. 656, co. 9 lett. b) c.p.p.*: soluzione in sintonia con le esigenze poste alla base della riforma, perché diretta a evitare il passaggio per gli istituti carcerari di condannati che possono beneficiare della concessione di misure alternative alla detenzione; condizione genetica, però, è lo *status libertatis* del condannato. Il legislatore ha fatto, quindi, discendere una presunzione di pericolosità dallo *status detentionis*, superabile “solo a seguito di rassicuranti indicazioni di segno contrario provenienti dall’osservazione intramuraria del condannato”⁸¹³.

L’ultima condizione ostativa – introdotta a seguito della riforma apportata dall’art. 9, co. 1 della legge n. 251/2005 – riguarda i condannati recidivi reiterati, ai sensi dell’art. 99, co. 4 c.p., esclusione definitivamente superata per effetto della recente riforma d.l. n. 78/2013⁸¹⁴.

Ricapitolando, oggi, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 78/2013, la sospensione opera per le condanne a pena detentiva:

- (a) fino a tre anni;
- (b) *fino a quattro anni nei confronti dei soggetti di cui all’art. 47-ter ord. penit.*;
- (c) fino a sei anni nei confronti dei tossicodipendenti, laddove si debba applicare gli artt. 90 e 94 t.u. stup.⁸¹⁵.

⁸¹² Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133.

⁸¹³ Cfr. KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 133.

⁸¹⁴ Come si legge nella *Relazione di accompagnamento al disegno di legge* del d.l. n. 78/2013, l’eliminazione del divieto troverebbe una fondata giustificazione nella constatazione della scarsa significatività dell’aumento di pena rispetto alla pericolosità sociale dell’imputato (ritenuta maggiore per effetto del riconoscimento della circostanza aggravante nel caso concreto). Sul punto, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 37, la quale si riferisce all’espressione di “presunzione di pericolosità sociale”, nonché LEO G., *Gli statuti differenziati per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.

⁸¹⁵ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 31.

5.1.1. (Segue) *Le recenti modifiche dell'art. 656 c.p.p.*

Al fine di ampliare i casi di operatività del co. 5, il decreto legge 1° luglio 2013, n. 78, conv. con modif. in legge 9 agosto 2013, n. 94, ha introdotto un meccanismo che consente di anteporre ai provvedimenti del pubblico ministero circa il calcolo della pena da eseguire (scomputo del pre-sofferto e la determinazione concreta della pena conseguente al cumulo di pene concorrenti), la decisione del magistrato di sorveglianza circa l'applicazione degli sconti di pena derivanti dalla liberazione anticipata, ex art. 54 ord. penit. che prevede la concessione dal beneficio penitenziario concesso in esecuzione dal magistrato di sorveglianza, al termine del procedimento di cui all'art. 69-bis ord. penit., con la detrazione di pena ogni quarantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata dal condannato che abbia – si evidenzi – dato “prova di partecipazione dell'opera di rieducazione”⁸¹⁶.

L'art. 4 del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 ha previsto, inoltre, la c.d. *liberazione anticipata speciale* con l'aumento di detrazione di pena, da quarantacinque a settantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata, sia per il futuro (per un periodo di due anni, “la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a *settantacinque giorni* per ogni singolo semestre di pena scontata”, ex art. 4, co. 1 d.l. 146/13) sia per il passato (“a decorrere dal 1° gennaio 2010”, ex art. 4, co. 2, d.l. n. 146/13, *liberazione anticipata “integrativa”*, ossia maggiorazione di giorni trenta a chi abbia ottenuto la concessione della liberazione anticipata ordinaria di cui all'art. 54 ord. penit.)⁸¹⁷.

Secondo quanto previsto dal combinato disposto delle due riforme sopra citate, risulta che: (a) ai sensi del co. 4-bis dell'art. 656 c.p.p., il pubblico ministero – prima di

⁸¹⁶ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 31; DELLA BELLA-VIGANÒ, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2014; ID., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, ivi, 27 febbraio 2014; DELLA BELLA, *Il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: anche l'espulsione dei detenuti stranieri diventa un'arma per combattere il sovraffollamento*, in *Immigrazione.it*, 15 gennaio 2014; ID., *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire. Nota a Corte cost.*, 22 novembre 2013, n. 279, Pres. Silvestri, Rel. Lattanzi, ivi, 19 dicembre 2013; ID., *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, ivi, 15 settembre 2013; ID., *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corriere del merito* 2013, n. 7, p. 701.

⁸¹⁷ Per un approfondimento di massima alle recenti riforme, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 30 ss.

emettere l’ordine di esecuzione – deve verificare se, per effetto di un’eventuale applicazione degli sconti di pena della liberazione anticipata il *quantum* residuo di pena da scontare rientrerebbe nei limiti di pena che, ai sensi del co. 5 dell’art. 656 c.p.p. consentono la sospensione; (b) in caso di esito positivo, il pubblico ministero deve sospendere ogni sua determinazione e trasmettere “senza ritardo” gli atti al magistrato di sorveglianza competente, affinché siano assunte le decisioni in merito all’applicazione della liberazione anticipata⁸¹⁸.

In relazione all’individuazione dei semestri, l’art. 4-*bis* dell’art. 656 c.p.p. impone al pubblico ministero di procedere “alla previa verifica di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo esecutivo da eseguire”: quanto ai periodi trascorsi in custodia cautelare, la dottrina sarebbe orientata nel ricomprendervi sia i periodi trascorsi in carcere sia agli arresti domiciliari, secondo l’interpretazione consolidata dell’art. 54 ord. penit.⁸¹⁹. Quanto poi ai periodi di pena “fungibili”, occorre rinviare all’art. 657 c.p.p.⁸²⁰.

Una questione interpretativa posta in luce dalla dottrina consiste nell’individuare il *quantum* di sconto di pena da applicare da parte del magistrato di sorveglianza, che interviene *ex art.* 656, co. 4-*bis* c.p.p. tra le alternative dello sconto di pena ordinario di quarantacinque giorni o invece il maggiore sconto di settantacinque, derivante dall’applicazione della liberazione anticipata speciale *ex art.* 4 del d.l. 146/2013⁸²¹.

Sembrirebbe optarsi per la seconda soluzione, dal momento che: 1. l’art. 656, co. 4-*bis* c.p.p. stabilisce che debbano essere computate “le detrazioni previste dall’art. 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354”; 2. l’art. 54 ord. penit. prevede che la detrazione sia di quarantacinque giorni per semestre; 3. l’art. 4 del d.l. 146/2013 prevede che (in relazione ai semestri di pena che vanno dal gennaio 2010 al dicembre 2015) “la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall’articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354”. Dal confronto con le tre disposizioni, la dottrina conclude

⁸¹⁸ Si precisa, sul punto, che il pubblico ministero non ha un potere di valutare nel merito la decisione; gli viene infatti attribuito il potere di effettuare un’operazione meramente matematica che consiste, in primo luogo, nell’individuazione dei semestri sui quali effettuare gli sconti e, in secondo luogo, nel calcolare se, all’esito della sottrazione degli sconti astrattamente applicabili, il residuo di pena da scontare rientri oppure no nei limiti che consentono la sospensione dell’ordine di esecuzione.

⁸¹⁹ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 31, nonché ID., *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.* 3/2016, p. 377; ID., *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

⁸²⁰ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 31-32.

⁸²¹ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 33.

che, anche quando decide ai sensi dell'art. 656, co. 4-*bis* c.p.p., il magistrato di sorveglianza deve applicare il maggior sconto di pena⁸²².

Intervenuta, infatti, la decisione del magistrato di sorveglianza, il pubblico ministero è tenuto, ai sensi del co. 4-*quater* dell'art. 656 c.p.p., a emettere l'ordine di esecuzione e contestualmente il decreto di sospensione, laddove, per effetto della concessione della liberazione anticipata, il residuo di pena da scontare sia effettivamente al di sotto dei limiti di cui al co. 5; in caso di diniego si procede con l'*iter* procedurale dell'ordine di esecuzione (notificazione, consegna, *etc.*). Rimane ferma l'impostazione di cui sopra, per cui il meccanismo sospensivo unitamente al computo anticipato della liberazione anticipata rimangono esclusi per (a) i casi previsti dal co. 9, lett. a) nei confronti di condannati per un delitto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e (b) nei casi previsti dal co. 9 lett. b) dell'art. 656 c.p.p. nei confronti di condannati che si trovano in custodia cautelare per il delitto per cui si procede in esecuzione: come sottolinea la dottrina, sorprende il mancato riferimento all'ipotesi di esclusione in caso di condannati per i delitti "ostativi" di cui sempre alla lett a) del co. 9 dell'art. 656 c.p.p.; un'interpretazione logico-sistematica porta, in ogni caso, alla loro inclusione trattandosi di ipotesi per cui la sospensione dell'esecuzione rimane preclusa⁸²³.

5.1.2. (Segue) *Questioni intertemporali.*

In ragione dei mutamenti intervenuti sull'art. 656 c.p.p. e, segnatamente ai co. 5 e 9, sono sorti alcuni interrogativi di diritto transitorio⁸²⁴. Le criticità applicative di tali disposizioni si ricollegano al più ampio tema, fortemente dibattuto in dottrina, meno in giurisprudenza, circa la natura della norme dell'esecuzione penitenziaria, o processuali e, quindi, facenti capo al principio processuale del *tempus regit actum*, o sostanziali, e

⁸²² Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 34.

⁸²³ L'ipotesi del co. 4-*ter* dell'art. 656 c.p.p. riguarda, invece, il caso del condannato che si trovi in stato di custodia cautelare, prevedendo che, in caso in cui computando gli sconti di pena della liberazione anticipata, la pena residua da scontare rientra nei limiti di cui al co. 5 dell'art. 656 c.p.p., il pubblico ministero prima di emettere l'ordine di esecuzione, deve trasmettere tutto, senza ritardo, al magistrato di sorveglianza così da sollecitare una rapida applicazione degli sconti di pena e da consentire una rapida uscita del soggetto dal carcere.

⁸²⁴ Cfr., tra cui, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 35.

riconducibili, di conseguenza al diverso – più favorevole – paradigma dell’art. 2, co. 2 ss. c.p.⁸²⁵.

Con riguardo, in primo luogo, all’art. 656 c.p.p., l’orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità ritiene che le modificazioni che intervengono sul meccanismo sospensivo soggiacciono al principio del *tempus regit actum*, con al conseguenza che devono ritenersi immediatamente applicabili ai provvedimenti da emettere e che, invece, non operano laddove il pubblico ministero abbia già provveduto⁸²⁶.

Una parte della dottrina, nel tentativo di valorizzare gli interventi *in melius* operati dal d.l. 78/2013, opera una distinzione a seconda che l’attività della pubblica accusa sia già stata iniziata oppure no⁸²⁷.

Nel caso in cui il pubblico ministero debba ancora emettere l’ordine di esecuzione e, nelle more dell’operazione, sia intervenuta la riforma del d.l. 78/2013, stante il quadro dell’arte della giurisprudenza, la pubblica accusa è tenuta sia a sospendere l’ordine nei confronti del recidivo reiterato (con estensione dell’operatività del meccanismo sospensivo *in melius* per il condannato) sia a incardinare l’esecuzione per i delitti “ostativi” inseriti proprio con la riforma (con effetti irretroattivi *in malam partem* per il condannato), *ex artt. 572, co. 2 e 612-bis co. 3 c.p.*⁸²⁸; nel caso in cui, invece, l’ordine di esecuzione sia già stato emesso o la sua sospensione (se la giurisprudenza ritiene che sia irrilevante una successiva modifica intervenuta in corso di esecuzione, sia essa favorevole o sfavorevole, attesa l’operatività del principio del *tempus regit actum*), la dottrina prospetta diverse soluzioni: con riguardo alle modifiche *in peius*, la possibilità di una revoca del provvedimento emesso sembra da escludersi (in conformità, anche al principio di irretroattività)⁸²⁹.

⁸²⁵ Sul punto, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 35.

⁸²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 21 dicembre 2008, n. 10274.

⁸²⁷ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 35.

⁸²⁸ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 36.

⁸²⁹ Che, in questo caso, non verrebbe pregiudicato, anche se – come si è già ripetuto più volte – la riconduzione dell’applicazione retroattiva con effetti sfavorevoli non è esclusa in ambito processuale, essendo vigente il principio del *tempus regit actum* e, quindi, non il corrispettivo principio sostanziale, risultante dal combinato disposto degli artt. 25, co. 2 Cost., 1 e 2 c.p. Soluzione interpretativa adottata anche dalla Corte di cassazione, in recenti pronunce, tra cui, cfr., Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2010, n. 24831, Castaldi, in CED, n. 248046, che aveva ad oggetto la modifica dell’art. 656, co. 9 c.p.p. derivante dall’inclusione nell’art. 4-bis ord. penit. dei delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter e 609-quater c.p. da parte della legge 38/2006.

Più discutibile, invece, risulta il diniego della giurisprudenza di riconsiderare la possibilità che il pubblico ministero possa procedere alla revoca del provvedimento emesso – in ragione delle sopravvenienze normative *in melius* – contestuale emissione di un nuovo ordine unito al decreto di sospensione, per i casi rientranti nei co. 5 e 9 dell'art. 656 c.p.p.: soluzione che sembra profilarsi in giurisprudenza circa l'incidenza della riforma d.l. 78/2013 sulle misure cautelari e, segnatamente sull'art. 280, co. 2 c.p.p., nella misura in cui, innalzando il limite massimo della pena prevista per i delitti per cui sia possibile applicare la misura della custodia cautelare in carcere (da quattro a cinque anni), la giurisprudenza ha ritenuto illegittima e, quindi, passibile di revoca la misura cautelare in corso di esecuzione laddove riguardasse reati puniti con la pena inferiore a cinque anni (all'entrata in vigore della legge di conversione, 20 marzo 2013)⁸³⁰. Conformemente a tale orientamento dottrinale, si ritiene irragionevolmente ingiustificata l'esclusione dai principi giurisprudenziali applicati alle misure cautelari, in cui la privazione della libertà è pur sempre provvisoria, connessa a specifiche esigenze cautelari e collocata in seno al processo, rispetto all'esecuzione penale, in cui la restrizione della libertà si verifica in via definitiva, al di fuori dei limiti previsti dalla legge, perché riformata in termini più favorevoli per il condannato, con una patente violazione del principio di legalità – se non riconducibile sotto il piano sostanziale degli

⁸³⁰ Risolutive sul punto, sono due sentenze della Corte di Cassazione recentemente intervenute sulla materia cautelare. Con sent. 31 marzo 2011, n. 27919, le Sezioni Unite Ambrogio prospettano un revirement della propria precedente giurisprudenza, sostenendo come, in assenza di una disposizione transitoria, “la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica [...] non può subire modifiche per effetto della nuova, *più sfavorevole normativa*”. Nel caso di specie, la *sfavorevole normativa* era costituita dalla legge che estendeva la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, co. 3 c.p.p. al reato di cui all'art. 74 t.u. stup.: sfavorevole, dunque, perché la sua applicazione avrebbe comportato la sostituzione di qualsiasi altra misura cautelare con la custodia carceraria. Se, nella sentenza Ambrogio, si sancisce il principio della irretroattività della sopravvenienza normativa sfavorevole alla misura cautelare in corso di esecuzione, con la sent. 8 ottobre 2013, n. 48462, la Corte di Cassazione si pronuncia sull'opposto principio, sancendo il definitivo ingresso del principio di retroattività della sopravvenienza normativa più favorevole rispetto alla misura cautelare in corso, “pur in assenza di una specifica disciplina transitoria, deve ritenersi che la modifica normativa in esame sia senz'altro applicabile ai procedimenti cautelari in corso al momento dell'entrata in vigore della su citata l. n. 94/2013”. Non vi sarebbe, infatti, un contrasto tra le due pronunce, occupandosi, anzi, di principi opposti e complementari tra loro: secondo la Corte, l'applicazione delle modifiche *in bonam partem* alle misure cautelari in corso di esecuzione è imposta dal principio di legalità, che, per le misure cautelari, trova espressione nell'art. 13 Cost. e 272 c.p.p.: «Mantenere la custodia in carcere per un reato non è più riconducibile nelle condizioni “costitutive” poste dall'art. 280, co. 2 c.p.p. significherebbe privare un soggetto della propria libertà personale al di fuori dei casi previsti dalla legge». La conclusione della Corte è, dunque, che le misure cautelari in corso, qualora riguardino reati puniti con la pena inferiore ai cinque anni devono essere revocate immediatamente. Cfr., sul punto, NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia cautelare preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2138; D'ANGELO, *La successione nel tempo delle norme di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1992, p. 24 ss.

artt. 25, co. 2 Cost. e 1 c.p.p. – almeno sotto il principio costituzionale in materia di privazione della libertà personale, *ex art. 13 Cost.*: in tale prospettiva, la dottrina suggerisce che il pubblico ministero dovrebbe provvedere alla sospensione delle condanne per i reati di cui agli artt. 572, co. 2 e 612-*bis*, co. 3 c.p., in favore del divieto di applicazioni retroattive di modifiche *in peius*⁸³¹; pubblico ministero, che dovrebbe, invece, provvedere alla revoca dell’ordine di esecuzione disposto nei confronti dei recidivi reiterati, *ex co. 99, co. 4 c.p.* e di coloro che, potendo beneficiare della misura alternativa dell’art. 47-*ter* ord. penit., sono detenuti in carcere con una pena non superiore ai quattro anni⁸³².

Questioni applicative controverse nuovamente sottoposte al vaglio della dottrina, in ragione della recente sentenza della Corte costituzionale (n. 125/2016) in materia di esclusione dell’operatività del meccanismo sospensivo per i condannati a pena detentiva per il reato di cui all’art. 624-*bis* c.p.: la Corte, aderendo all’ordinanza di rimessione del G.U.P. presso il Tribunale di Napoli ha ritenuto irragionevole ed ingiustificata la disparità di trattamento tra l’autore di reato di furto con strappo rispetto all’autore di rapina (sotto il profilo dell’art. 3 Cost., rimanendo invece assorbito il diverso profilo dell’art. 27, co. 3 Cost.)⁸³³. Nel primo caso, il condannato per il fatto di cui all’art. 624-*bis* c.p. è sottoposto alla preclusione della sospensione dell’esecuzione, nonché anche allo sconto anticipato della liberazione anticipata; mentre, il condannato per il fatto di cui all’art. 628 c.p. beneficia, non solo della sospensione dell’esecuzione, ma anche del nuovo regime di computo della liberazione anticipata, *ex art. 656, co. 5 c.p.p.*: la disparità di trattamento risulta ingiustificata atteso il diverso e più grave disvalore sotteso all’ipotesi della rapina, perché commessa con violenza sulla persona o minaccia, rispetto al furto con strappo, in cui il gesto repentino è funzionale al solo impossessamento del bene mobile⁸³⁴. Anche per tale ipotesi, si dovrebbe consentire al

⁸³¹ Si ritiene un termine eccessivo quello individuato da Della Bella, preferendo individuare quale limite al divieto di applicazione sfavorevole del mutamento normativo *i fatti divenuti esecutivi* prima dell’entrata in vigore della riforma, spiegando così lo stretto collegamento con l’esecuzione penale.

⁸³² Pur seguendo tale indirizzo dottrinale, si ritiene come attribuire il potere di sospendere l’esecuzione in corso ovvero revocare il provvedimento esecutivo posto in esecuzione al pubblico ministero comprometta la tenuta “giurisdizionale” dell’esecuzione penale in una prospettiva costituzionale, ampliando ulteriormente i poteri della pubblica accusa. Si ritiene, invece, preferibile, che il controllo sulla legalità dell’ordine di esecuzione, in una prospettiva *de iure condendo*, sia attribuita al giudice dell’esecuzione, il quale, possa, in contraddittorio tra le parti. Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 117.

⁸³³ Cfr. Corte cost. 6 aprile 2016, n. 125.

⁸³⁴ Cfr. Corte cost. 6 aprile 2016, n. 125.

pubblico ministero di revocare l'ordine di esecuzione emesso ai condannati per il fatto di cui all'art. 624-*bis* c.p., laddove la pronuncia di condanna sia divenuta esecutiva prima dell'entrata in vigore del d.l. 78/2013, trattandosi di un mutamento normativo favorevole per il detenuto.

Medesime criticità espresse dalla dottrina anche in relazione all'applicazione della *liberazione anticipata speciale*. Le criticità emergono dalla discrasia della concedibilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ammessa nel d.l. 78/2013⁸³⁵ ed, invece, negata in sede di conversione nella legge n. 10/2014⁸³⁶. Alla luce della promulgazione della novella legislativa e in difetto di espressa previsione, visto che si è ommesso di dettare delle disposizioni transitorie che accompagnassero le rilevanti modifiche apportate dalla legge di conversione, non risulta, per certi aspetti, chiara l'applicabilità dell'istituto in esame: la

⁸³⁵ Problema che, secondo la dottrina sarebbe meramente condizionale: «Ci consentiamo la licenza di un condizionale, perché una norma del genere, a nostro avviso, non esiste. Probabilmente a causa di una sorta di distorsione percettiva generale, infatti, l'art. 4 l. n. 10/2014 è stato sinora letto per come verosimilmente il legislatore avrebbe voluto scriverlo e non già per come l'ha scritto. Tanto è stata enfaticamente gridata – nel corso dei lavori di conversione del d.l. n. 146/2013 – la volontà politica di estromettere i “condannati 4-*bis*” dal perimetro applicativo della nuova liberazione anticipata speciale, che poi non ci si è più preoccupati di verificarne la traduzione normativa, l'unica che conti. A rilevare, infatti, non sono le “intenzioni” del legislatore – peraltro non sempre univoche o comunque di agevole individuazione – bensì le “intenzioni” della legge, desunte dal significato letterale della disposizione normativa, precisato, là dove plurivoco, dalla relazione che essa intrattiene con le altre disposizioni del sistema, prime fra tutte quelle costituzionali e convenzionali». Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen./Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 322 ss., in cui l'autore continua che «In effetti, basta collazionare la formulazione del decreto legge e quella della legge di conversione per rendersi conto che – infortunio tecnico o scelta politica che sia – non vi è alcuna disposizione che vieta di concedere ai “condannati 4-*bis*” il beneficio della liberazione anticipata speciale con riferimento al periodo progressivo». Per un approfondimento, cfr. altresì, COPPETTA, *Art. 54*, in *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, (a cura di), DELLA CASA, II ed., Padova, 2011, p. 77; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 113, secondo cui “la liberazione anticipata non è nella sostanza una misura alternativa, se con tale espressione ci si intende riferire ad uno strumento che consenta al detenuto di fruire, nella permanenza del rapporto sanzionatorio, di una modalità esecutiva della pena che ne consenta il reinserimento nella società”. Cfr., altresì, PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; GASPARI, *Liberazione anticipata speciale fino a Natale 2015*, in *Giuda al dir.*, 2014, n. 4, p. 49; COPPETTA, *Art. 54*, in *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, di Grevi-Giostra-Della Casa, (a cura di) Della Casa, Padova, III ed., 2011, p. 774; BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 15; FIORIO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. proc. pen.*, 2013, p. 1136 ss.

⁸³⁶ La differenza di trattamento circa l'accesso al beneficio penitenziario è derivata dalla soppressione del co. 4 dell'art. 4 del decreto legge e ancora più espressamente, dall'inserimento di una clausola specifica rappresentata dall'inciso nel co.1 dell'articolo citato che ha sancito un'“esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...]”. Cfr., altresì, GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 633; PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, ivi, 2013, p. 262; Di Stefano-Di Meo-Calabrese-D'Imperio-Fossati, *Giovannangeli-Gallo C.-Isolone-Giuria-Beraldo, L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, p. 1 ss.

dottrina si chiede, quindi, quale possa essere la sorte delle istanze già accolte dal magistrato di sorveglianza al momento della conversione in legge, grazie alle quali i detenuti in regime *ex art. 4-bis* ord. penit. hanno ottenuto uno sconto maggiorato di pena. Ancora. Ulteriore interrogativo concerne la sorte delle istanze avanzate sotto il regime del d.l. 78/2013 dai condannati che, secondo la normativa allora vigente, erano nella condizione di ottenere il beneficio penitenziario, ma che non sono ancora state decise dal magistrato di sorveglianza⁸³⁷.

La dottrina prospetta varie soluzioni. Una parte della dottrina ritiene che il contrasto normativo possa essere superato unicamente per il tramite dell'intervento della Corte costituzionale, promuovendo questione di legittimità costituzionale relativamente al co. 1 dell'art. 4 del d.l. 78/2013, nella misura in cui – contrariamente all'approdo della giurisprudenza costituzionale⁸³⁸ – esclude “dalla premialità rieducativa alcuni condannati non in base al merito, ma alla tipologia del reato commesso”⁸³⁹, in

⁸³⁷ Il dubbio attiene alla possibilità di concedere il beneficio con riguardo al triennio 2010-2013, nonostante la norma in vigore al momento della decisione, introdotta in sede di conversione del decreto, lo precluda. Cfr., sul punto, GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in www.questionegiustizia.it.

⁸³⁸ La Corte costituzionale ha già da molto tempo affermato, non a caso pronunciandosi proprio sull'art. 4-*bis* ord. penit., che inibire «l'accesso alle misure alternative alla detenzione dei condannati per determinati gravi reati» comporti “una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena”; in particolare, “la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita». Cfr. Corte cost. 11 giugno 1993, n. 306: la Corte aveva ritenuto legittime le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. penit., in considerazione del fatto che non è comunque esclusa «la possibilità [...] di fruire della riduzione di pena per la liberazione anticipata». In dottrina, cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., p. 322 ss., il quale rileva criticamente che: “Oggi, si vorrebbe sostenere che i “condannati 4-*bis*”, a parità di meritevolezza con gli altri, dovrebbero essere esclusi dall'abbuono speciale di pena collegato alla liberazione anticipata. Come può essere costituzionalmente difendibile una scelta del genere? Non certo, come sovente si risponde, in considerazione della gravità dei reati preclusivi: l'eterogenea congerie dell'art. 4-*bis* ord. penit. ne annovera alcuni di assai modesta rilevanza e non ne annovera altri, per ciò stesso non preclusivi, di ben maggiore gravità. D'altra parte, a togliere plausibilità alla suddetta giustificazione, è la stessa Corte costituzionale che ha già dichiarato da più di trent'anni l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 ord. penit. «nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione di pena» (Corte cost. n. 274/1983). Se la Corte saprà resistere, come non dubitiamo, alle demagogiche pressioni provenienti da quella parte della politica che cavalca, quando non induce, un cieco populismo penale, la sorte costituzionale della preclusione incistata nel primo comma dell'art. 4 l. n. 10/2014 è segnata”. Cfr. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 402.

⁸³⁹ Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., p. 324, nonché CESARI-GIOSTRA, *Art. 4-bis*, (a cura di) Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2011, p. 47 ss.; PASCULLI A.M.-VENTURA, *La nuova legge svuota carceri. Misure urgenti a tutela dei diritti dei detenuti*, Roma, 2014, pp. 88-89.

violazione dell'art. 27, co. 3 Cost.⁸⁴⁰. Un'altra soluzione percorribile viene individuata nella qualificazione sostanziale della disciplina della liberazione anticipata, con sua consequenziale riconduzione all'interno del fenomeno di successioni di norme penali nel tempo e, segnatamente nell'alveo del co. 5 dell'art. 2 c.p. in materia di successione di leggi penali in caso di decreto legge (non convertito) convertito con modifiche: secondo tale prospettiva le istanze dei condannati dovrebbero essere accolte, laddove ne abbiano maturato i requisiti prima dell'entrata in vigore della legge e ciò prescindendo dalla circostanza che la relativa istanza sia stata già avanzata nella vigenza del decreto legge o venga presentata dopo la sua conversione⁸⁴¹.

5.2. I (nuovi) poteri del giudice dell'esecuzione.

L'art. 665, co. 1 c.p.p., stabilendo che “competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato”, enuncia il criterio per individuare l'organo giurisdizionale cui è devoluto il ruolo di assicurare, nei suoi vari aspetti, *la legalità del procedimento esecutivo*. Tale disposizione disegna una *competenza funzionale*, stabilita, quindi, sulla base della funzione che il giudice è chiamato a svolgere nella fase processuale dell'esecuzione⁸⁴².

Trattasi, peraltro, di competenza assoluta e inderogabile; ogni sua violazione può essere rilevata dalla parti all'interno dello stesso procedimento, senza preclusioni temporali, nonché d'ufficio anche in sede di legittimità⁸⁴³.

L'opzione legislativa di affidare al giudice che ha emesso il provvedimento di condanna l'esame delle questioni esecutive, ad avviso di una parte della dottrina, costituisce una violazione del principio di imparzialità e terzietà, *ex art. 111, co. 2 Cost.*⁸⁴⁴: non si può negare che «esiste il rischio che il giudice dell'esecuzione non sia

⁸⁴⁰ Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., p. 325.

⁸⁴¹ Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., p. 326.

⁸⁴² “Indipendentemente dall'oggetto delle materie sottoposte alla sua cognizione, materie che vengono appunto attribuite alla sua competenza in quanto attinenti a una determinata fase del procedimento”. Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 162.

⁸⁴³ Cfr. Cass. pen. 27 febbraio 1998, Neretto, in *Cass. pen.*, 1999, p. 908; Cass. pen. 7 novembre 1997, D'Onofrio, in CED n. 209892; Cass. pen. 30 maggio 1996, Paoli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 102. Per un approfondimento, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 163.

⁸⁴⁴ Inserendo all'interno del dibattito sulla compatibilità della disciplina normativa dell'esecuzione con la Costituzione, di cui ampiamente, *supra*, p. 67 ss.

“terzo” rispetto alla sua decisione e la sua imparzialità possa subire un condizionamento dalla forza della prevenzione, vale a dire dalla naturale tendenza a ribadire una decisione presa o a mantenere un atteggiamento già assunto, scaturente da valutazioni che il giudice abbia espresso con riferimento alla medesima *res iudicanda*»⁸⁴⁵. Criticità destinate ad aumentare – anche in ragione delle ultime vicende che hanno interessato il giudicato con riguardo ad ipotesi di per sé non previste tassativamente dal legislatore, ma riconducibili al giudice dell’esecuzione in forza della sua competenza funzionale a conoscere le questioni esecutive⁸⁴⁶ – in tutte le situazioni in cui il giudice dell’esecuzione non incontri il limite fissato dal dispositivo della sentenza definitiva, come accade quando ridetermina la pena in applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato *ex artt. 671 c.p.p., 187 disp. att. c.p.p.*⁸⁴⁷: in tutti gli altri casi, infatti, nel silenzio del legislatore sul punto, è ipotizzabile un intervento del giudice dell’esecuzione rispetto alle statuizioni di cognizione⁸⁴⁸ (*id est*: sull’accertamento della responsabilità e, quindi, della colpevolezza).

La stessa giustificazione addotta a sostegno della regola espressa nell’art. 665, co. 1 c.p.p., per cui l’interprete autentico del titolo esecutivo sarebbe il solo giudice che lo ha formato, ha un significato nel quadro di una costruzione dell’esecuzione quale

⁸⁴⁵ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 164.

⁸⁴⁶ Il riferimento corre immediatamente alle ipotesi si sono esaminate in precedenza, cfr., *supra*, p. 67 ss., e, segnatamente, all’ipotesi non prevista tassativamente ai sensi dell’art. 673 c.p.p. circa la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma non incriminatrice: in tale ipotesi, infatti, è indubbio che il giudice dell’esecuzione chiamato a rideterminare la pena, in forza dei nuovi limiti edittali, sconfini nel merito dell’accertamento, considerando poi i casi in cui dalla rideterminazione della pena possa discendere l’applicazione della sospensione condizionale della pena, concedibile in esecuzione proprio per effetto della avvenuta rideterminazione della pena al di sotto dei limiti edittali, di cui all’art. 163 c.p.: si allude, infatti, alla c.d. competenza “atipica” elaborata dalle Sezioni Unite Gatto per giustificare, in maniera come si è detto piuttosto contraddittoria, l’intervento del giudice dell’esecuzione; competenza “atipica” o funzionale a conoscere tutto ciò che inerisce l’esecuzione (validità e/o illegittimità) del titolo formale. Ciò sicuramente è corretto: ciò che difetta nell’argomentazione della Consulta è invece l’individuazione dello strumento normativo tramite cui il giudice dell’esecuzione sia autorizzato ad intervenire, in forza appunto della sua competenza funzionale a decidere dell’esecuzione.

⁸⁴⁷ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 164.

⁸⁴⁸ Così vale per l’art. 673 c.p.p., il quale si presta ad essere utilizzato in sede esecutiva anche per correggere eventuali “errori” in sede cognitiva in ordine all’omessa rilevazione di un fenomeno (anche solo parzialmente) incidente sulla pena: il giudice dell’esecuzione dovrebbe in tale caso risultare maggiormente più “libero” nella rideterminazione della pena, rispetto alle ipotesi in cui tale possibilità viene espressamente limitata dalle precedenti statuizioni della cognizione. Tale limite risulta ad oggi quanto mai contraddittorio, nella misura in cui esprime un retaggio storico di un’impostazione ideologica del codice di rito del 1930, per cui il giudicato (quale espressione dell’infallibilità dell’autorità giudiziaria) sanava definitivamente ed irreparabilmente qualsiasi tipo di errore o di vizio. L’idea dell’infalibilità dell’organo giudiziario lo si percepisce anche nella misura in cui è la stessa persona fisica a decidere sul dato punitivo rispetto alle proprie decisioni in sede processuale. Si ritiene auspicabile non solo il superamento di tale limite, laddove si tratti della pena, ma anche una piena rimediazione della fase esecutiva in prospettiva *de iure condendo*.

mera attuazione del comando punitivo. Modello radicalmente differente rispetto all'attuale fisionomia del procedimento di esecuzione: in un contesto processuale caratterizzato dalla garanzia della giurisdizionalità e dal superamento del “mito del giudicato” sotto il profilo della determinazione della pena, “il problema della terzietà del giudice appare ormai ineludibile”⁸⁴⁹.

Le ulteriori regole in tema di competenza riguardano, nello specifico, l'individuazione dell'organo competente materialmente a conoscere l'esecuzione del provvedimento: ai sensi del co. 2 dell'art. 665 c.p.p., si prevede che sia competente il giudice di primo grado, laddove in caso di appello, il provvedimento sia stato confermato o riformato soltanto in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili; in caso contrario è competente il giudice del gravame⁸⁵⁰; secondo la regola delineata dal co. 3 della disposizione citata, inoltre, laddove il ricorso per cassazione sia stato dichiarato inammissibile o rigettato ovvero quando la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento impugnato, è competente il giudice di primo grado, se il provvedimento impugnato è rientra nelle tipologie di atti inoppugnabili⁸⁵¹; all'ultimo comma, si prescrive, infine, la regola per cui in caso di esecuzione di più

⁸⁴⁹ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 164. La giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 665 c.p.p., sollevata in relazione agli artt. 3, 24, 25 e 104 Cost., sotto il profilo della mancata previsione di una incompatibilità del giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna divenuta esecutiva a fungere da giudice dell'esecuzione della medesima anche quando nella fase esecutiva si debba riesaminare il merito dei fatti (come accade, parzialmente in caso di rideterminazione della pena, ex Corte cost. 32 del 2014 in materia di stupefacenti). Cfr. Corte cost. 4 luglio 2001, n. 224. Non mancano, tuttavia, istanze garantistiche di apertura ad una ricostruzione contraria: si afferma, infatti, che se l'organo dell'esecuzione può essere il medesimo che ha emesso il provvedimento, di contro non può esercitare le funzioni di giudice dell'esecuzione lo stesso soggetto che abbia già valutato la vicenda. Cfr. in giurisprudenza Cass. pen. 5 dicembre 1996, Angelucci, in *Giur. it.*, 1997, II, c. 454, con nota di GAITO, *Nel segno dell'imparzialità del giudice verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, il quale osserva che: “Si profila [...] come non improbabile l'eventualità che i giudici dell'esecuzione comincino ad astenersi e che le parti private facciano ricorso alla riconsueta [...] è chiaro che siffatti espedienti tecnici non potrebbero trovare applicazione generalizzata in riferimento a qualsiasi contestazione – anche meramente formale – sul titolo esecutivo, bensì limitatamente alle sole questioni che comportino l'esercizio di poteri di merito da parte del giudice dell'esecuzione”. Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 165, nota 8.

⁸⁵⁰ Per un approfondimento, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 165-175. La costante giurisprudenza ritiene che l'art. 666 c.p.p. abbia la precipua funzione di regolare la forma di tutti i procedimenti davanti al giudice dell'esecuzione, a meno che non sia sancito espressamente il ricorso alla procedura *de plano*: cfr. *ex multis* Cass. pen. 15 luglio 1995, Cipriano, in CED, n. 200047; Cass. pen. 14 marzo 1994, Rasa, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1276; Cass. pen. 13 novembre 1992, Plebani, *ivi*, 1994, pp. 91 ss. con nota di LORUSSO, *Procedimento applicativo della disciplina normativa relativa al concorso formale ed al reato continuato in executivis*.

⁸⁵¹ L'art. 665, co. 2 c.p.p. prosegue, inserendo altre ipotesi in cui il giudice competente rimane il giudice di primo grado: “ovvero a norma dell'articolo 569, e il giudice indicato nel comma 2 negli altri casi. Quando è stato pronunciato l'annullamento con rinvio, è competente il giudice di rinvio”.

provvedimenti, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto esecutivo per primo, tuttavia, "se i provvedimenti sono stati emessi da giudici ordinari e giudici speciali, è competente in ogni caso il giudice ordinario"⁸⁵².

In conformità alla previsione della competenza funzionale, il giudice dell'esecuzione conosce tutte le questioni che possono presentarsi nel corso dell'incidente di esecuzione, anche non espressamente ricomprese nell'istanza di attivazione della procedura, "purchè siano in connessione implicita o esplicita con lo stesso, ovvero siano conoscibili di ufficio"⁸⁵³.

Uno dei controlli di maggiore rilievo è regolato dall'art. 670 c.p.p., con cui il legislatore detta, per la prima volta all'interno del codice di rito, la disciplina del più tipico tra gli interventi del giudice dell'esecuzione, "vale a dire quello relativo alla verifica della validità del titolo esecutivo non solo sotto il profilo dell'esistenza del provvedimento da cui il titolo trae origine, ma anche della sua esecutività"⁸⁵⁴.

Il co. 1 dell'art. 670 c.p.p. prescrive testualmente: "Quando il giudice dell'esecuzione accerta che il provvedimento manca o non è divenuto esecutivo, valuta anche nel merito l'osservanza delle garanzie previste nel caso di irreperibilità del condannato, lo dichiara con ordinanza e sospende l'esecuzione, disponendo, se occorre, la liberazione dell'interessato e la rinnovazione della notificazione non validamente eseguita. In tal caso decorre nuovamente il termine per l'impugnazione". Dalla proposizione normativa emerge che le situazioni rilevanti sono molteplici e complesse, ma il *genus* delle censure prospettabili è unitaria, interessando alla mancanza o non esecutività del provvedimento.

⁸⁵² Ai sensi dell'co. 4 *bis* dell'art. 665 c.p.p., poi si prescrive che: "Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi dal tribunale in composizione monocratica e collegiale, l'esecuzione è attribuita in ogni caso al collegio".

⁸⁵³ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 221.

⁸⁵⁴ L'accertamento della validità del titolo esecutivo si impone come antecedente necessario rispetto ad ogni altra valutazione e va effettuato indipendentemente dall'essere stata sollevata (o meno) dalla parte: «tutte le volte che il giudice, "conoscendo" dell'esecuzione di un determinato provvedimento a seguito di una iniziativa di parte, un determinato provvedimento a seguito di una iniziativa di parte, che gli sottoponga una qualsiasi delle questioni rientranti nella sua competenza, si trovi di fronte a elementi che conducano a ipotizzare come possibile una invalidità del titolo, deve indagare sul punto e pervenire, se del caso, all'opportuna decisione». Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 222. All'inesistenza giuridica del titolo esecutivo, viene equiparata la situazione che si verifica nel caso di sentenza resa da un giudice in stato di coartazione fisica o psichica o che irroghi una pena non prevista dalla legge o eccedente, per specie o quantità, il limite edittale stabilito per legge. Possono essere annoverati anche i casi di sentenza emessa nei confronti di un minore infraquattordicenne, di persona estranea al processo, immaginaria o deceduta prima della decisione.

La prima delle situazioni riguarda ipotesi di inesistenza giuridica del provvedimento⁸⁵⁵: all'inesistenza giuridica viene equiparata l'abnormità, risolvendosi "la sua essenza in un vizio riguardante i requisiti essenziali dell'atto, vizio non rientrante fra le ipotesi di nullità, ma tuttavia così grave da richiedere necessariamente che venga impedita, per coerenza sistematica dell'ordinamento, ogni possibile produzione di effetti promananti da un atto in tal modo viziato"⁸⁵⁶.

L'ipotesi più comune riguarda, però, la non esecutività del provvedimento: in tale situazione non si discute il provvedimento in se stesso, è invece controversa la circostanza dell'essersi o meno verificate le condizioni che lo rendono esecutivo⁸⁵⁷.

Risulta evidente che le questioni del titolo esecutivo accedano a provvedimenti irrevocabili e si riferiscano, in via esclusiva, all'esecuzione delle sentenze e dei decreti penali di condanna: il quadro normativo si evince dal combinato disposto degli artt. 648, 585 e 461 c.p.p. per cui i termini per proporre impugnazione ovvero opposizione iniziano a decorrere dal momento in cui il destinatario del provvedimento ha avuto conoscenza dell'atto. È infatti la conoscenza del provvedimento impugnabile (o di quello opponibile) che svolge un ruolo determinante nella corretta formazione dell'irrevocabilità⁸⁵⁸.

Quando sia accertata l'inesistenza del provvedimento o la sua non esecutività, il giudice dell'esecuzione "lo dichiara con ordinanza e sospende l'esecuzione disponendo, se occorre, la liberazione dell'interessato e la rinnovazione della notificazione non

⁸⁵⁵ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 225-230, nonché TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 610.

⁸⁵⁶ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 224-225.

⁸⁵⁷ La dottrina precisa che "sono oggetto di tali questioni solo i provvedimenti che, per essere esecutivi, necessitano del requisito dell'irrevocabilità essendo pacifico che, per i provvedimenti dichiarati esecutivi anche in pendenza di impugnazione, l'esecutività è conseguenza del mero fatto della loro avvenuta pronuncia". Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 229.

⁸⁵⁸ Sul piano degli effetti, le patologie processuali rispondono alle seguenti ipotesi: (a) omessa o invalida notificazione dell'avviso di deposito della sentenza, qualora il giudice procedente, non osservi il termine fissato dalla legge o indicato nel dispositivo; (b) omessa o invalida notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento e del relativo estratto, nel caso di contumacia dell'imputato (art. 548, co. 3); (c) omessa o invalida notificazione del decreto penale di condanna; (d) invalida dichiarazione di irreperibilità del condannato, con notifica degli avvisi al difensore, a norma dell'art. 159, co. 2 c.p.p. Tale disciplina deve essere necessariamente ripensata in ragione della recente superamento dell'istituto della contumacia in forza della legge n. 67/2014 e l'introduzione del procedimento in absentia, con la rimodulazione anche dei rimedi contro sentenze definitive di condanna pronunciate in difetto di conoscenza da parte dell'imputato: il riferimento corre immediatamente al rimedio dell'art. 625-ter c.p.p., da coordinarsi oggi con la previsione dell'art. 175, co. 2 c.p.p., delimitata solamente alla previsione della rimessione in termini ad impugnare il decreto penale di condanna emesso in difetto di conoscenza; residuando invece il nuovo rimedio per la generalità dei casi riguardanti i vizi sulla conoscenza del procedimento conclusosi con sentenza di condanna.

validamente eseguita. In tal caso, decorre nuovamente il termine per l’impugnazione”: sull’inciso “se occorre”, la dottrina precisa che si debba intendere “nel senso che la necessità della rinnovazione sorge soltanto allorchè sia intervenuta la declaratoria di nullità della notifica, declaratoria che costituisce il presupposto e il fondamento della decisione sulla non esecutività del provvedimento”⁸⁵⁹.

Ai sensi dell’art. 670, co. 2 c.p.p. si prevede, inoltre, che “quando è proposta impugnazione od opposizione il giudice dell’esecuzione, dopo aver provveduto sulla richiesta dell’interessato, trasmette gli atti al giudice della cognizione competente. La decisione del giudice dell’esecuzione non pregiudica quella del giudice dell’impugnazione o dell’opposizione, il quale, se ritiene, ammissibile, il gravame, sospende con ordinanza l’esecuzione che non sia già sospesa”. Tale norma considera *il fenomeno della contemporaneità dell’incidente di esecuzione e dell’impugnazione*⁸⁶⁰.

Ulteriore innovazione del codice di rito, con una forte incidenza sulla modificabilità della pena *in executivis*, è dato dall’art. 671 c.p.p., che consente di applicare, a determinate condizioni e in specifiche ipotesi, al disciplina del concorso formale e del reato continuato in esecuzione⁸⁶¹. Il co. 1 della disposizione citata prevede

⁸⁵⁹ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 230.

⁸⁶⁰ Colui, infatti, che deduce un legittimo difetto di conoscenza della decisione, per inosservanza delle formalità della notificazione, può scegliere di rivolgersi prima al giudice dell’esecuzione, il quale, se ritiene non esecutivo il provvedimento per nullità della notifica, è tenuto ad ordinare la rinnovazione della notificazione invalida; laddove, invece, il giudice non ritenga invalida la notificazione e, quindi, non sospenda l’esecuzione, né ordini la liberazione del condannato, il gravame è proponibile solamente dopo tale provvedimento, secondo il meccanismo dell’impugnazione apparentemente tardiva. In tal caso, il giudice della cognizione può ritenere – contrariamente al giudice dell’esecuzione – l’impugnazione ammissibile e ordinare, di conseguenza, la sospensione dell’esecuzione l’eventuale liberazione dell’interessato Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., pp. 232-233.

⁸⁶¹ La questione è tornata nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite. Con ordinanza n. 34205 del 2016, la prima sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione del “*se il giudice dell’esecuzione nella rideterminazione della pena complessiva finale in dipendenza del riconoscimento della continuazione (...) possa quantificare l’aumento per un determinato reato satellite in misura superiore all’aumento originariamente applicato per quel reato*”. Viene in rilievo il secondo comma dell’art. 671 c.p.p., che impone il divieto, per il giudice dell’esecuzione, di superare l’entità della pena inflitta per mezzo di ciascuna sentenza, o decreto penale di condanna. In giurisprudenza, si è manifestata un’tesi favorevole a consentire al giudice dell’esecuzione di procedere con un aumento di pena per il singolo reato-satellite superiore all’entità stabilita dal giudice della cognizione (cfr., sul punto, Cass. pen., sez. III, n. 23949/15; Cass. pen., sez. I, n. 5832/11; Cass. pen., sez. I, n. 31429/06). Tali argomentazioni discenderebbero dal dato letterale dell’art. 671 c.p.p., per cui si vieta testualmente di procedere ad un aumento di pena rispetto alla decisione della cognizione commisurato non al singolo reato, bensì al complesso di pena (derivante anche da più reati) comminato in una sentenza o decreto penale, nonché da un criterio sistematico, per cui i giudici rimettanti valorizzano le potenzialità del giudice dell’esecuzione, il cui ruolo è stato infatti rafforzato in ragione della recente giurisprudenza. Come noto, l’art. 671 c.p.p. già di per sé, all’entrata in vigore del codice di procedura penale Vassalli, rappresentò un’innovativa valorizzazione dei poteri del giudice dell’esecuzione penale. La prerogativa di individuare una continuazione tra più fatti di reato definitivamente giudicati, con conseguente incidenza

che, se più sentenze o decreti penali irrevocabili sono stati pronunciati in procedimenti diversi contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato "sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione". Tale inciso delinea il limite logico alla competenza del giudice dell'esecuzione: senza di esso – si evidenzia – che "l'intervento dell'organo dell'esecuzione del giudicato – che subisce non lievi scalfitture dalla previsione dell'art. 671 c.p.p. – si estenderebbe in maniera penetrante, così da giungere alla rivalutazione

sul trattamento sanzionatorio solo teoricamente intangibile, veniva temperata da due limiti: l'istanza di parte (condannato o pubblico ministero) e la mancata esclusione, da parte del giudice della cognizione, della continuazione (primo comma dell'art. 671 c.p.p.). Il complesso dell'art. 671 c.p.p. sembra riassumere il delicato equilibrio che regge il giudizio di esecuzione penale: d'un lato la salvaguardia del diritto del condannato ad un trattamento sanzionatorio quanto più parametrato sui fatti realmente commessi, dall'altro l'istanza sociale ad una condanna definitiva, inattaccabile, insomma a un giudicato intangibile. L'equilibrio tra questi due poli caratterizzanti l'esecuzione penale sembra propendere decisamente in favore della tutela dei diritti del condannato. La materia dei delitti connessi alle sostanze stupefacenti, peraltro ad oggetto anche dell'ordinanza di remissione in commento, è emblematica al riguardo. Proprio con riferimento all'istituto della continuazione, recentemente le Sezioni Unite hanno affermato l'ammissibilità di una rivalutazione della pena comminata definitivamente per il reato continuato, ad opera del giudice dell'esecuzione, se la cornice edittale anche dei soli reati-satellite è afflitta dall'illegalità dichiarata con la nota sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. Non è casuale che, pochi mesi fa, la Corte di cassazione abbia ricordato come l'intervento del giudice dell'esecuzione assuma un ruolo più spiccato rispetto a un tempo proprio al fine di evitare patenti lesioni del diritto umano a una pena giusta, rispettosa anche del vasto catalogo sovranazionale di dritti umani. Tali coordinate esegetiche dovrebbero ispirare anche l'interpretazione del primo capoverso dell'art. 671 c.p.p. La riconducibilità di più reati all'insegna del vincolo della continuazione viene giustificata, a fronte di un giudicato teoricamente intangibile, in osservanza della funzione intima che la continuazione assolve. Si tratta, cioè, di un istituto di favore, nei riguardi del reo. Storicamente, tale favore è stato peraltro crescente: a far data dal 1974 la continuazione è ravvisabile anche tra fattispecie diverse, circostanza prima inibita all'interprete. Tali argomentazioni inducono a riflettere se la *vis* espansiva che l'intervento del giudice dell'esecuzione sta conoscendo negli ultimi anni non debba limitarsi, appunto, alla tutela dei diritti del condannato; vale a dire, alle stesse ragioni che hanno sospinto tale incremento di prerogative, nel diritto vivente, a codice invariato. Nondimeno, il giudizio di esecuzione penale è concepito come celere, e si presta poco, quindi, alla rinnovazione del giudizio di cognizione. A ben vedere, la giurisprudenza degli ultimi anni sembra aver preso contezza che l'accentuazione dei poteri del giudice dell'esecuzione deve conoscere precisi limiti. Basti considerare che persino di fronte alla situazione della pena incostituzionale, patologica e lesiva dei diritti umani, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad intervenire solo su istanza di parte, ancorché nel caso specifico del ricorso per cassazione inammissibile. Tale principio giurisprudenziale sembra conscio delle potenziali distorsioni cui la valorizzazione dell'esecuzione penale può andare incontro. In particolare, il rischio è rappresentato dall'ormai riconosciuta, per il giudice dell'esecuzione, applicabilità dei criteri di cui all'art. 133 c.p., al fine di rivalutare la pena. Tale prospettazione è suscettibile di trasformare il giudizio di esecuzione in un "quarto grado" a giudicato avvenuto. E ciò, nonostante il giudice dell'esecuzione non detenga quei poteri istruttori che caratterizzano il giudizio di cognizione. Ancora, il giudizio di esecuzione, nella sua disciplina anche piuttosto essenziale manca di quei dettagli di pubblicità ed impugnabilità della decisione che sono propri del giudizio sul fatto. In dottrina, cfr. DI RONZA, *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, Padova, 2006, p. 125 ss.

delle questioni concernenti l'esistenza del medesimo disegno criminoso, già trattata ed esclusa dal giudice della cognizione"⁸⁶².

Il riconoscimento del concorso formale e della continuazione in fase esecutiva risulta, quindi, sussidiario al potere di applicare i medesimi istituti nel processo di cognizione.

Secondo un orientamento della dottrina, si ritiene che la limitazione dell'art. 671 c.p.p. debba considerarsi integrata solo se in sede di cognizione sia stata negata la sussistenza del medesimo disegno criminoso: non ha effetto preclusivo, quindi, la circostanza che il giudice di cognizione abbia escluso la richiesta di continuazione, perché la sentenza relativa al reato meno grave sia stata commessa successivamente alla prima condanna. Spetta al giudice della cognizione verificare, in via prioritaria, i presupposti di operatività dell'art. 81 c.p., laddove al giudice dell'esecuzione "viene attribuito uno spazio residuale di intervento in funzione integrativa ogniqualvolta, pur esistendone le condizioni, il giudice della cognizione (indipendentemente dal motivo) abbia ommesso di rideterminare la pena. Poiché il silenzio è di per sé equivoco, soltanto ad una statuizione negativa espressa può essere ricollegata la preclusione ad ulteriori nuove valutazioni della vicenda"⁸⁶³.

Con riguardo al regime probatorio, l'art. 186 disp. att. c.p.p. attribuisce un potere officioso in capo al giudice dell'esecuzione nell'acquisire le copie delle sentenze o dei decreti penali di condanna, in altri termini, l'onere di provare i fatti dai quali dipende l'applicazione dell'istituto è soddisfatto anche solo con l'indicazione degli estremi del provvedimento di interesse, incombando piuttosto sull'interessato l'onere di indicare i reati ai quali il nesso della continuazione si riferisce. Nella necessaria opera selettiva di analoghi episodi giudicati separatamente con un'unica sentenza, gli indici rivelatori dell'identità di tale disegno sono la distanza cronologica tra i fatti, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita, la tipologia dei reati, il bene protetto, l'omogeneità delle violazioni, la motivazione causale, le condizioni di tempo e di luogo, *etc.*⁸⁶⁴.

⁸⁶² Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 232-233.

⁸⁶³ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 234.

⁸⁶⁴ Un'attenta riflessione è stata svolta circa l'incidenza sull'unicità del disegno criminoso della condanna per uno o più fatti inclusi nella rappresentazione intellettuale del progetto, ma che sia intervenuta prima della integrale attuazione del programma. L'opinione maggioritaria è dell'avviso che la condanna avvenuta medio tempore tra i vari fatti di reato non comporti automaticamente una soluzione di continuità

Riconosciuta la possibilità di valutare il concorso formale e la continuazione in fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di rideterminare il trattamento sanzionatorio alla stregua dei criteri di cui all'art. 187 disp. att. c.p.p. per cui si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato, "sicchè la misura della pena inflitta in concreto dal giudice della cognizione non può essere in nessun caso modificata, in senso peggiorativo o migliorativo, essendo consentito al giudice dell'esecuzione soltanto operare, nell'ambito dell'aumento da apportare ai sensi dell'art. 81 c.p., una diminuzione delle pene irrogate per i reati satelliti, già considerati tali con le sentenze di condanna ovvero tali divenuti, in sede di applicazione del procedimento di cui all'art. 671 c.p.p."⁸⁶⁵.

5.3. Il procedimento d'esecuzione tra legalità e rieducazione.

Lo schema del procedimento di esecuzione è descritto dall'art. 666 c.p.p. che delinea "l'insieme delle forme che devono essere osservate nell'attività giurisdizionale esecutiva"⁸⁶⁶, in quanto, anche il procedimento di sorveglianza – con le dovute differenziazioni per la giurisdizione penitenziaria – ripete le medesime regole, in forza del richiamo di cui all'art. 678 c.p.p.⁸⁶⁷.

del pregresso disegno criminoso di carattere unitario. Secondo una diversa lettura, invece, ravvisare la continuazione in una ipotesi simile confliggerebbe con i principi che regolano la materia. Di tale avviso è CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 252.

⁸⁶⁵ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 225-230. Ulteriori sono, inoltre, le competenze del giudice dell'esecuzione in ordine alla modificabilità del titolo esecutivo (e, quindi, sostanzialmente della pena), tra cui:

(a) l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto, *ex art. 672 c.p.p.*, tipica competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, al quale provvede senza formalità e, quindi, a prescindere da una richiesta degli interessati;

(b) la revoca della condanna per *abolitio criminis* e declaratoria di illegittimità costituzionale;

(c) i provvedimenti *contra reum*, come la revoca della sospensione condizionale della pena, grazia, amnistia e indulto e di altri benefici, *ex art. 674 c.p.p.*;

(d) la declaratoria di falsità di documenti in sede esecutiva, *ex art. 675 c.p.p.*;

(e) le altre competenze del giudice dell'esecuzione, *ex art. 676 c.p.p.*

⁸⁶⁶ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 177.

⁸⁶⁷ Tipico procedimento in camera di consiglio, il rito processuale esecutivo non si svolge in pubblica udienza, ma segue un regime di pubblicità interna, limitata alle parti e ai loro difensori, riprendendo le forme ed i modi dell'art. 127 c.p.p., il cui modulo essenziale si sviluppa in un'udienza, fissata dal presidente o dal giudice su richiesta di una parte e della quale viene dato tempestivamente avviso alle parti stesse, compreso il pubblico ministero, e ai difensori. Pubblico ministero e parti private possono intervenire e, se compaiono, gli interessati sono sentiti personalmente. Quando il soggetto è detenuto o internato in luogo posto fuori della giurisdizione del giudice e ne faccia richiesta, deve essere sentito dal magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione prima dell'udienza, la quale va rinviata, ove

Il procedimento di esecuzione, a differenza, invece, di quello di *sorveglianza*, si instaura soltanto per impulso di parte: tale regola è scolpita ai sensi dell'art. 666, co. 1 c.p.p., il quale stabilisce che il giudice "procede a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato o del suo difensore". Quanto al pubblico ministero, la formulazione dell'art. 666 c.p.p. vuole che sia uno dei soggetti della giurisdizione esecutiva: propone le richieste al giudice competente e interviene "in tutti i procedimenti di esecuzione", *ex* art. 655, co. 2 c.p.p., assumendo un ruolo di pubblica accusa che non si differenzia a quello affidatogli nel corso del processo di cognizione, "onde può ben dirsi che la funzione requirente e l'attività di intervento del pubblico ministero nella fase esecutiva sono un'ovvia proiezione e una conseguenza del potere-dovere di eseguire i provvedimenti del giudice". Con riguardo, inoltre, "all'interessato", la locuzione volutamente generica, si riferisce a qualsiasi soggetto, che abbia partecipato o meno al giudizio di cognizione e sia titolare di situazioni giuridiche alle quali potrebbe derivare un vantaggio o un pregiudizio a seguito della decisione del giudice dell'esecuzione⁸⁶⁸: il vantaggio alla sfera individuale non deve essere necessariamente patrimoniale, potendo consistere in un qualunque risultato positivo.

Rivestono, quindi, tale *status* non solo il condannato e quanti hanno partecipato come parti private al processo di cognizione, ma anche coloro che, pur non avendo assunto la qualità in tale giudizio, siano titolari di una posizione giuridica tutelabile nel procedimento esecutivo in corso, "per essere stati attinti in qualche modo dalla pronuncia di condanna"⁸⁶⁹. Con un'opportuna innovazione rispetto al codice previgente, è riconosciuta esplicitamente al difensore del condannato, la cui nomina venga comunicata ai sensi dell'art. 96, co. 2 c.p.p., la facoltà di presentare al giudice dell'esecuzione l'istanza sul titolo esecutivo.

L'art. 666 c.p.p. non prescrive particolari formalità o termini per la presentazione dell'istanza al giudice dell'esecuzione: non riconoscendo alla stessa natura di impugnazione, la dottrina esclude che la stessa possa essere dichiarata

sussista un legittimo impedimento dell'interessato. Se il pubblico ministero e il difensore sono comparsi, viene svolta una concisa esposizione orale, preceduta da una breve relazione del giudice che indica gli estremi e i motivi della richiesta su cui occorre deliberare. Fino a cinque giorni prima della data fissata per l'udienza, in ogni caso, le parti possono sempre presentare memorie scritte. La decisione assunta fuori udienza ricorribile per cassazione; il ricorso sospende l'ordinanza, se il giudice che la emessa non decide diversamente con decreto motivato. Per un approfondimento puntuale, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 178-179.

⁸⁶⁸ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 183.

⁸⁶⁹ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 181.

inammissibile per il solo fatto che, a sostegno di essa, non siano enunciati motivi specifici: *tale conclusione viene tratta dal disposto del co. 2 dell'art. 666 c.p.p., che limita i casi di inammissibilità dell'istanza alla manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge e alla mera riproposizione di istanza già rigettata e basata sui medesimi elementi*⁸⁷⁰.

Per aversi rituale instaurazione del procedimento, basta che la richiesta pervenga in cancelleria del giudice dell'esecuzione competente o a seguito di deposito effettuato personalmente dal pubblico ministero o dall'interessato o dal suo difensore. Quando, invece, la richiesta non è dichiarata inammissibile, si apre la fase costituita da una serie di adempimenti preliminari, per consentire lo svolgimento dell'udienza camerale e l'intervento dei soggetti interessati al procedimento o la loro partecipazione: le coordinate di tale snodo procedurale sono delineate dall'art. 666, co. 3 c.p.p., per cui: "Salvo quanto previsto dal comma 2, il giudice o il presidente del collegio, designato il difensore di ufficio all'interessato che ne sia privo, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso alle parti e ai difensori. L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere depositate memorie in cancelleria"⁸⁷¹.

L'udienza disciplinata dai co. 4 e 5 dell'art. 666 c.p.p. costituisce, all'interno delle dinamiche esecutive, il momento cruciale in cui vengono discusse e trattate, nel

⁸⁷⁰ La presentazione della richiesta segna l'inizio del processo di esecuzione: in relazione a tale momento, si colloca il primo atto del giudice dell'esecuzione in ordine alla valutazione della sua ammissibilità. Il co. 2 dell'art. 666 c.p.p. stabilisce che "se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, dichiara inammissibile con decreto motivato, che è notificato entro cinque giorni all'interessato. Contro il decreto può essere proposto ricorso per cassazione": "Attraverso questa previsione, avente le caratteristiche di norma generale – si applica, dunque, anche nella materie disciplinate dall'art. 676 c.p.p. –, il legislatore ha previsto un filtro contro istanze meramente dilatorie, tanto più utile in assenza di qualsiasi preclusione alla proposizione delle richieste, provvedendo, altresì, a delimitare in modo rigoroso i presupposti della inammissibilità, per evitare giudizi sommari che pregiudichino i diritti del condannato". Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 186.

⁸⁷¹ L'avviso contiene, seppur in modo sintetico, l'indicazione dell'oggetto del procedimento, necessario ai fini del rispetto del principio del contraddittorio; la mancata precisazione dell'oggetto determina nullità rilevante ex art. 178, co. 1 lett. c) c.p.p., a regime intermedio e sanabile ai sensi degli artt. 180, 182 e 184 c.p.p. Il provvedimento di fissazione dell'udienza è un decreto, equiparabile al decreto di citazione nel procedimento ordinario: l'erronea indicazione del luogo in cui sarà tenuta l'udienza camerale si risolve nella nullità di ordine generale di cui all'art. 178, co. 1 lett. c) c.p.p., considerato che preclude l'intervento e l'assistenza del condannato. La mancanza dell'avviso invalida l'intero procedimento, compresa l'udienza conclusiva, integrando una nullità assoluta derivante dall'omessa citazione dell'interessato equiparata al difetto di citazione dell'imputato, ex art. 179, co. 1 c.p.p. Per le ipotesi appena citate, nonché per ulteriori ipotesi di nullità incidenti sull'avviso di fissazione dell'udienza camerale, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pp. 192-196.

contraddittorio delle parti, le questioni sottoposte alla cognizione del giudice⁸⁷². Un primo aspetto di rilievo si riscontra nel fatto che l’udienza camerale, pur non svolgendosi nelle forme di udienza pubblica, richieda sempre la necessaria presenza del pubblico ministero e del difensore e talvolta necessaria e comunque possibile quella dell’interessato⁸⁷³.

Focalizzando l’analisi sullo svolgimento dell’udienza camerale, la normativa delinea un itinerario che parte dall’audizione personale dell’interessato, laddove abbia chiesto di essere sentito personalmente, ex art. 666, co. 4 c.p.p.: l’audizione del soggetto deve precedere non solo la decisione, ma anche la discussione dell’incidente di esecuzione, essendo diretto a consentire all’interessato di esporre le ragioni sulle quali si incentri l’eventuale contraddittorio; le sue dichiarazioni possono rappresentare elementi utili anche per fondare un’attività istruttoria, ai sensi del co. 5 dell’art. 666 c.p.p., laddove si attribuisce al giudice anche il potere di chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno.

Tale attività officiosa rappresenta una deroga al regime di iniziativa di parte, quale regola di sistema: non è vietata infatti l’iniziativa probatoria dei necessari partecipanti, ma l’organo giurisdizionale dispone di un ampio potere di acquisizione dei mezzi di prova, al punto, che, come si è detto, in esecuzione non vi è nemmeno l’onere di allegare specifici elementi di prova e ragioni, essendo sufficiente la semplice enunciazione del “petitum”, e il giudice deve procedere d’ufficio all’accertamento della sussistenza o meno delle codificazioni per l’accoglimento della richiesta.

Gli artt. 666, co. 5 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p. prescrivono che l’assunzione della prova deve avvenire “in udienza, nel rispetto del contraddittorio” e, il giudice procede “senza particolari formalità per quanto concerne [...] l’esame dei testimoni e l’espletamento della perizia”: si contente, quindi, di acquisire informazioni e prove d’ufficio, senza l’osservanza dei principi sull’ammissione della prova di cui all’art. 190 c.p.p., ma la tutela del contraddittorio rimane intangibile.

⁸⁷² Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 196-217.

⁸⁷³ Il mancato intervento del pubblico ministero, a causa dell’omessa o irregolare comunicazione dell’avviso o per qualunque altro motivo, costituisce violazione dell’art. 178, co. 1 lett. b) c.p.p. da cui consegue una nullità rilevabile a norma dell’art. 180 c.p.p.; anche l’omessa notifica dell’avviso al difensore che ne impedisce la partecipazione determina una nullità assoluta, ai sensi dell’art. 179, co. 1 c.p.p. Per le questioni inerenti la presenza del difensore all’udienza camerale, cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, cit., p. 197.

Dopo l'eventuale assunzione di prove, si svolge la discussione orale all'esito della quale il pubblico ministero e i difensori presentano le loro richieste e conclusioni; il giudice, quindi, provvede per la decisione, che non avviene mai contestualmente, non essendo prevista la pronuncia immediata dell'ordinanza conclusiva né la lettura del dispositivo. La forma del provvedimento decisorio è l'ordinanza, che ha, in ogni caso, valore di sentenza, concludendo un'autonoma fase processuale; il provvedimento deve essere, inoltre, motivato a pena di nullità ai sensi dell'art. 125, co. 1 c.p.p., proiezione diretta del principio generale sancito dall'art. 111, co. 6 c.p.p. Cost.⁸⁷⁴. L'ordinanza decisoria va notificata o comunicata, senza ritardo alle parti e ai difensori, allo scopo di fissare la decorrenza del termine per l'eventuale ricorso per Cassazione⁸⁷⁵.

In alternativa al rito giurisdizionale ordinario, si contempla anche la possibilità per il giudice dell'esecuzione di operare nelle forme più snelle, utilizzando un rito connotato dall'assenza del contraddittorio e limitato al solo momento valutativo-decisorio, la cosiddetta procedura *de plano*, descritta, nel suo archetipo essenziale, dal co. 4 dell'art. 667 c.p.p. e riservata unicamente alle fattispecie degli artt. 667, 668, 672 e 676 c.p.p.⁸⁷⁶. Il ricorso alla procedura semplificata rappresenta un'eccezione, che, in ragione delle limitazioni del principio del contraddittorio, non consente applicazioni analogiche: ciò non significa che il diritto al contraddittorio e, segnatamente il diritto di difesa siano completamente compromessi, il cui esercizio viene, invero, posticipato, rimettendo alle parti la scelta se, una volta conosciuto il provvedimento emesso al termine del rito semplificato, richiedere nuovamente l'intervento del giudice dell'esecuzione con la procedura tipica dell'art. 666 c.p.p.⁸⁷⁷.

Dal giudice dell'esecuzione si innesta l'intervento della sorveglianza. La verifica si collocherebbe in due distinte fasi: nella prima, il tribunale di sorveglianza, ancor prima dell'inizio dell'esecuzione, accerta se la pena detentiva possa essere "tramutata" in una misura alternativa alla detenzione, *ex art.* 656, co. 5 c.p.p.; una seconda, che si svolge in corso di esecuzione, sempre di competenza dell'organo collegiale, in cui si controlla se il trattamento penitenziario possa essere suscettibile di modifica con l'applicazione di una misura extramuraria⁸⁷⁸. Entrambi i momenti sono accomunati dal

⁸⁷⁴ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 208.

⁸⁷⁵ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 208.

⁸⁷⁶ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 217.

⁸⁷⁷ Cfr. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 217.

⁸⁷⁸ Cfr., *infra*, p. 337 ss.

fondamento costituzionale dell'art. 27, co. 3 Cost., secondo l'interpretazione evolutiva elaborata dalla Corte costituzionale, con sent. 4 luglio 1974, n. 204: dal portato costituzionale del finalismo rieducativo discende – secondo la Corte – “il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo”; riesame che, come evidenzia la dottrina, non può essere rimesso alla discrezionalità dell'autorità amministrativa, ma deve “trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”⁸⁷⁹.

Il secondo dato comune è dato, inoltre, dal modello procedimentale di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.: la connessione funzionale tra il procedimento di sorveglianza e il fine rieducativo della pena si manifesta in molteplici punti, come a titolo esemplificativo, nella presenza, nel collegio che compone il tribunale di sorveglianza, di giudici laici esperti in materia penitenziaria, *ex art. 70, co. 3 ord. penit.*; la necessità che uno dei due giudici togati membro del collegio sia il magistrato di sorveglianza “sotto la cui giurisdizione è posto il condannato o l'internato in ordine alla cui posizione si deve provvedere”, *ex art. 70, co. 6 ord. penit.*; l'obbligo del giudice, nel caso in cui si proceda nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, di acquisire la relativa documentazione e la facoltà del giudice di avvalersi della “consulenza dei tecnici del trattamento”, *ex art. 678, co. 2 c.p.p.* o di disporre l'espletamento di una perizia criminologica o psicologica sul condannato⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ Cfr. Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, citata in KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., nt. 13, p. 254.

⁸⁸⁰ Vi sono poi delle materie che, pur non afferendo strettamente al principio di cui all'art. 27, co. 3 Cost. richiedono l'adozione di tale rito, come a titolo esemplificativo, in tema di ricoveri per infermità psichica sopravvenuta del condannato, *ex art. 148 c.p., 678, co. 1 c.p.p.*; rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive, *ex artt. 146 e 147, 678, co. 1 c.p.p.*; espulsione dei detenuti extracomunitari, *ex art. 16, co. 5 t.u. imm.*; sospensione delle regole di trattamento *ex art. 41-bis ord. penit.* Vi sono altresì materie che invece prescrivono riti alternativi, come ad esempio, in tema di ammissione del detenuto o dell'internato ai permessi e alle licenze, *ex artt. 30, 30-ter e 53 ord. penit.* o al lavoro all'esterno, *ex art. 21 ord. penit.* Per un approfondimento, cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 255. Anche per quanto riguarda la competenza, alla magistratura di sorveglianza competono compiti, che di regola, dovrebbero esulare dall'attuazione della funzione rieducativa della pena: sono attribuite alla magistratura di sorveglianza competenza in materia di (a) mantenimento dell'ordine e della sicurezza negli istituti penitenziari; (b) divieto di trattamenti inumani e degradanti e al diritto alla salute; (c) alla tutela delle posizioni soggettive dei detenuti e degli internati. Al magistrato di sorveglianza compete, *in primis*, l'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata delle misure di sicurezza; riesame della pericolosità della persona sottoposta a misura di sicurezza; dichiarazione (revoca) di delinquenza abituale o professionale; revoca della dichiarazione di delinquenza per tendenza; approvazione (revoca) dell'ammissione al lavoro del detenuto; concessione dei

Analizzando la disciplina del procedimento di sorveglianza, emerge come la disposizione chiave non sia costituita esclusivamente dall'art. 678 c.p.p., quanto dall'art. 666 c.p.p. sul *procedimento di esecuzione*, che diviene quindi anche *architrate del procedimento di sorveglianza*.

Nel procedimento di sorveglianza non vige il principio del *ne procedat iudex ex officio*: l'art. 678, co. 1 c.p.p. stabilisce infatti che il procedimento in esame può essere instaurato non solo su richiesta del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore, ma anche d'ufficio. Tale scelta normativa suscita non poche perplessità in ordine alla sua compatibilità della disposizione con i principi del "giusto processo" e, segnatamente con riguardo al profilo dell'imparzialità del giudice⁸⁸¹; perplessità ulteriormente destinate ad aumentare nella misura in cui si considerino i penetranti poteri di iniziativa del pubblico ministero sia in relazione alla trasmissione degli atti in materia di scomputo dalla pena da espiare della liberazione anticipata, ex art. 656, co. 5 c.p.p. sia

permessi premio ai condannati, delle licenze agli internati, nonché ai detenuti semiliberi; concessione della remissione del debito; sospensione dell'esecuzione della pena e della liberazione del condannato prodromiche alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e alla semilibertà per pene detentive brevi; applicazione provvisoria della detenzione domiciliare; concessione della liberazione anticipata; modificazione del regime esecutivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare e alla semilibertà; sospensione dell'affidamento in prova al servizio sociale e delle altre misure citate. Competente a decidere è invece il tribunale di sorveglianza in materia di: concessione e revoca delle misure alternative alla detenzione; reclamo nei confronti dei provvedimenti di concessione o diniego del permesso premio e degli altri benefici; appello avverso provvedimenti di esecuzione delle misure di sicurezza e della dichiarazione di delinquenza; concessione o revoca della riabilitazione. In relazione al mantenimento della sicurezza, compete al magistrato di sorveglianza: disporre limitazioni e controlli della corrispondenza; vigilare sulla fondatezza dei motivi posti a base del trasferimento del detenuto sottoposto al regime di sorveglianza particolare; decidere sul reclamo dei detenuti in materia disciplinare. Al l'organo collegiale, invece, le decisioni sui reclami sia in materia di corrispondenza sia di regime speciale, ex art. 14-ter ord. penit. In materia di diritto alla salute: magistrato per la concessione dei permessi premio, delle licenze, trasferimento dei detenuti ed internati in ospedali civili, ricovero in un ospedale psichiatrico e applicazione provvisoria dell'affidamento in prova terapeutico e alla detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, pare sulla grazie. Al tribunale: concessione (revoca) dei provvedimenti in materia di affidamento in prova sopra citati, differimento obbligatorio o facoltativo. In tema di tutela delle posizioni soggettive, il magistrato approva il programma di trattamento e decide sui reclami ex art. 35 ord. penit. Per un approfondimento, cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 258-262. Con riguardo, invece, alla competenza per territorio, secondo il disposto dell'art. 677 c.p.p. la situazione muta a seconda dello status del condannato, se in vinculis, è competente il magistrato che ha giurisdizione sull'istituto penitenziario in cui si trova recluso il detenuto, se in stato di libertà, sarà competente l'organo in cui l'interessato ha la residenza o il domicilio.

⁸⁸¹ Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 254, nonché LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 230; GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative nell'ordinamento penitenziario; profili processuali*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 120; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza penale*, cit., p. 225 ss.

in relazione al parallelo co. 10 dell’art. 656 c.p.p., per i condannati in stato di arresto domiciliare⁸⁸².

Affinchè il procedimento di sorveglianza approdi alla fase del contraddittorio camerale è necessario che la richiesta avanzata dalle parti superi il vaglio di ammissibilità del magistrato di sorveglianza o, nei casi di competenza per materia collegiale del tribunale di sorveglianza, del presidente del collegio; *nulla quaestio* se il procedimento è attivato, invece d’ufficio. Le ipotesi di inammissibilità sono le medesime fissate dall’art. 666, co. 2 c.p.p., in base al quale la richiesta è inammissibile quando “appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge” ovvero quando “costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi”; a tale disposizione si aggiungono altre previsioni specifiche di inammissibilità, differenziata o in base all’oggetto della trattazione, *ex art. 90, co. 2, 91, co. 1, 94, co. 1 t.u. stup.* o alla condizione giuridica dell’interessato, *ex art. 677, co. 2-bis c.p.p.*⁸⁸³.

Sentito il pubblico ministero, se la richiesta è dichiarata inammissibile, il magistrato di sorveglianza (ovvero per competenza il tribunale di sorveglianza) decide con decreto motivato, notificato entro cinque giorni all’interessato, *ex art. 666, co. 2 c.p.p.*: in tale fase – scelta fortemente criticata dalla dottrina – non è prevista la nomina di un difensore d’ufficio per l’interessato che ne sia privo, atteso che tale obbligo scatterebbe solamente nella misura in cui il giudice valutasse l’istanza ammissibile, e procedesse quindi con la fissazione dell’udienza in camera di consiglio, *ex art. 666, co. 3 c.p.p.*⁸⁸⁴. Contro tale decreto può essere proposto ricorso per cassazione, *ex art. 666, co. 2 c.p.p.*; rimedio ritenuto non adatto alla valutazione (unicamente di legittimità) di una richiesta personale del condannato. In caso di impugnazione, l’esecuzione del decreto di inammissibilità rimane sospesa fino all’esito del relativo giudizio: tale regola è di estrema rilevanza pratica nella misura in cui l’inammissibilità riguardi un’istanza di misura alternativa alla detenzione presentata da soggetto in stato di libertà, *ex art. 656, co. 5 c.p.p.*, perché, in tale ipotesi, il pubblico ministero potrebbe, in pendenza dell’impugnazione proposta dal condannato, disporre l’esecuzione della carcerazione e, qualora lo facesse, il provvedimento sarebbe illegittimo.

⁸⁸² Cfr. KALB, *L’intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 258.

⁸⁸³ Cfr. KALB, *L’intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 262 ss.

⁸⁸⁴ Cfr. KALB, *L’intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 285.

Quando la richiesta supera il vaglio di ammissibilità, il magistrato o il presidente del collegio fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso alle parti e ai difensori (compreso quello di ufficio, designato per l'interessato che sia privo di un difensore di fiducia) almeno dieci giorni prima della data d'udienza⁸⁸⁵.

Con una coppia di recenti sentenze, la n. 97 del 2015 e la n. 109 del 2015, la Corte costituzionale è intervenuta sulla questione della pubblicità dell'udienza del rito di sorveglianza, che di per sé, in forza del combinato disposto degli artt. 666, 678 c.p.p. segue il rito camerale il cui archetipo – come già si è detto – segue il modello di cui all'art. 127 c.p.p.: con la sent. n. 97/2015, si è decretata l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, co. 3 e 678, co. 1 c.p.p. nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di fronte al Tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolga nelle forme dell'udienza pubblica; con sent. n. 109/2015 inoltre, la Consulta ha poi affermato l'incostituzionalità degli artt. 666, co. 3, 667, co. 4, e 676 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica⁸⁸⁶. Le due pronunce, sostanzialmente “gemelle”, seguono alla medesima camera di consiglio e sono state scritte dallo stesso giudice: la prima questione di legittimità (*id est*: n. 97/2015), riguardava la domanda di concessione della detenzione domiciliare, presentata ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p.p., seguito della quale il difensore dell'interessato aveva chiesto che il procedimento venisse celebrato con le forme dell'udienza pubblica. Il Tribunale di sorveglianza di Napoli rilevava, tuttavia, come in base al combinato disposto tra gli artt. 678, co. 1, 666, co. 3 e 127, co. 6, c.p.p., il procedimento avrebbe necessariamente dovuto svolgersi “senza la presenza del pubblico”; si riteneva, quindi, come le norme *de quibus* fossero in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., e, in via interposta, con l'art. 6, § 1 Cedu, nella parte in cui si afferma il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, nonché i principi del “giusto processo” sul piano interno, ai sensi dell'art. 111 Cost.⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 286 ss.

⁸⁸⁶ Cfr. Corte cost. 5 giugno 2015, n. 97 e n. 105, con nota di CARBONE, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l'affermazione del principio di pubblicità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015; nonché BIONDI, *Il diritto dell'interessato ad ottenere la celebrazione pubblica dell'udienza nei procedimenti di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 697 ss.

⁸⁸⁷ Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 254.

La seconda questione di legittimità costituzionale veniva altresì sollevata dalla Corte di cassazione, a seguito di una vicenda complessa, in cui il giudice dell’esecuzione aveva disposto la confisca di una statua di rilevantissimo valore storico e artistico nei confronti di un soggetto che era rimasto estraneo al procedimento di cognizione; Il proprietario del bene, in sede di opposizione, *ex art. 667, co. 4 c.p.p.* aveva chiesto, più volte, che il procedimento si svolgesse in forma pubblica: tale istanza era stata però rigettata. La parte aveva quindi proposto ricorso di fronte ai giudici di legittimità, lamentando, in via preliminare, l’illegittimità della procedura di esecuzione per violazione dell’art 6, § 1 Cedu, visto il mancato accoglimento della domanda di procedere in presenza del pubblico. La Corte di cassazione, condividendo la doglianza difensiva, dubitava quindi della legittimità degli artt. 666, co. 3, 667, co. 4 e 676 c.p.p., in quanto – per ragioni sostanzialmente identiche a quelle già viste sopra – gli stessi avrebbero violato gli artt. 117, co. 1, e 111 Cost.⁸⁸⁸.

I giudici costituzionali, ritenendo fondate le questioni di legittimità sopra sintetizzate, si allineano con la propria precedente giurisprudenza e, segnatamente con le sentenze nn. 93 del 2010 e 135 del 2014, con le quali sono state dichiarate illegittime, rispettivamente, le norme regolative del procedimento di prevenzione e quelle riguardanti l’applicazione delle misure di sicurezza, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, le procedure si svolgano con le forme dell’udienza pubblica⁸⁸⁹ (quanto ai gradi di merito; la medesima esigenza non è stata ravvisata in relazione al giudizio di cassazione, come chiarito dalla sentenza n. 80 del 2011⁸⁹⁰).

Ai fini della validità dell’udienza è prescritta, altresì, la partecipazione “necessaria” del pubblico ministero e del difensore. Con riguardo proprio al ruolo del difensore, le Sezioni Unite nel 2006 hanno stabilito che il carattere necessario della partecipazione difensiva non va inteso nel senso che deve essere sempre garantita la presenza di colui che, prima dell’inizio dell’udienza, rivesta la qualifica di difensore (sia esso di fiducia o d’ufficio) dell’interessato: qualora, infatti, il difensore sia legittimamente impedito a comparire all’udienza “la necessità della partecipazione del

⁸⁸⁸ Cfr. CARBONE, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l’affermazione del principio di pubblicità*, cit.

⁸⁸⁹ Cfr. Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1053, con note di GAITO-FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*; nonché LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali. La sentenza è commentata*.

⁸⁹⁰ Cfr. Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2011, con nota di LEO.

difensore può essere soddisfatta anche dall'intervento di altro difensore immediatamente reperibile, designato come sostituto ai sensi dell'art. 97, co. 4 c.p.p., al quale, peraltro, può essere concesso un congruo termine per la preparazione della difesa, spettando pur sempre all'organo giudicante di adottare i provvedimenti più acconci per garantire che l'esercizio della difesa sia effettivo⁸⁹¹. Secondo tale prospettiva giurisprudenziale, non si dovrebbe ritenere applicabile al procedimento di sorveglianza il neo-introdotto art. 420-ter c.p.p. in materia di giudizio abbreviato, un rito che si svolge pur sempre in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, ex art. 420, co. 1 c.p.p.: in caso di assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento dell'imputato e del suo difensore, l'udienza deve essere rinviata⁸⁹².

L'interessato può altresì esercitare l'autodifesa che si differenzia, sul piano delle modalità di esercizio, a seconda dello status nel quale si trova il soggetto al momento dell'udienza: colui che si trova in stato di libertà può decidere se partecipare personalmente all'udienza – e chiedere di essere sentito dal giudice – o non presentarsi; l'assenza non determina, tuttavia, l'obbligo del giudice di dichiararne la contumacia, essendo sufficiente, ai fini del procedimento, che il condannato si sia reso disponibile nella fase dell'istruttoria precamerale, così da consentire agli operatori competenti di acquisire gli elementi di giudizio necessari per la valutazione giudiziale della richiesta.

Diversa è, invece, la situazione di colui che si trovi in stato di detenzione: l'interessato che sia detenuto o internato in un luogo posto entro la circoscrizione del giudice ha le stese facoltà del soggetto in stato di libertà; se lo richiede, deve essere tradotto in udienza affinché sia sentito personalmente dal giudice. Se non è integrato tale presupposto territoriale, l'interessato che richiede di partecipare personalmente al procedimento, è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato dal luogo in cui trovasi il detenuto; l'audizione delegata non ha luogo, laddove il giudice ritenga di doverlo sentire personalmente, disponendo così la traduzione in udienza, ex art. 666, co. 4 c.p.p.⁸⁹³.

⁸⁹¹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 27 giugno 2006, in *Arch. nuova proc.*, 2007, p. 56. Per un approfondimento dell'orientamento estensivo in dottrina, cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 254.

⁸⁹² Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., pp. 293-297.

⁸⁹³ Sul punto, cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., pp. 300-306.

Due note sul regime probatorio in sorveglianza. L'assunzione delle prove è delegata quasi integralmente all'iniziativa del giudice, definito altresì il *dominus* (o signore) della prova: con ciò non vuol dire che sia vietato all'interessato ed al pubblico ministero di richiedere l'acquisizione di prove ovvero che il giudice possa disattendere le istanze probatorie avanzate dalle parti⁸⁹⁴.

Dall'esigenza di conoscere in modo approfondito la personalità del condannato, il giudice può disporre la consulenza dei tecnici del trattamento (ovvero la perizia criminologica o psicologica) che vede impegnati gli stessi operatori penitenziari che seguono il condannato nel corso del trattamento in istituto a riferire in ordine al percorso svolto dal medesimo; i periti, invece, intervengono dall'esterno della realtà penitenziaria e sono chiamati a risolvere questioni attinenti alle caratteristiche personologiche del condannato particolarmente controverse o di elevata complessità scientifica. Tanto la perizia sulla personalità del condannato, quanto la consulenza dei tecnici del trattamento, sono configurate dal legislatore come prove complementari di una prova documentale necessaria. Nel procedimento di sorveglianza, infatti, il giudice, pur essendo riconosciuto, in linea generale, un ampio potere discrezionale di selezione delle prove, "deve", al tempo stesso, effettuare un percorso probatorio minimo tutte le volte in cui "si proceda nei confronti di una persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità": in tali casi, "deve" preliminarmente acquisire la relativa documentazione, *ex art. 678, co. 2 c.p.p.*: desunte le informazioni necessarie, il giudice potrà poi valutare "se occorre" che esse siano esplicate, integrate o rielaborate tramite l'audizione in udienza degli stessi soggetti dai quali provengono (i consulenti tecnici del trattamento) o il conferimento di un incarico peritale a soggetti terzi (i periti).

Il provvedimento con il quale il procedimento di sorveglianza giunge al suo epilogo assume le forme dell'ordinanza, alla cui deliberazione non è previsto che segua, senza soluzione di continuità, la pubblicazione in udienza mediante lettura; si applica tuttavia la disposizione dell'art. 128 disp. att. c.p.p. per cui "gli originali dei provvedimenti del giudice sono depositati in cancelleria entro cinque giorni dalla deliberazione". L'ordinanza è altresì immediatamente esecutiva e rimane tale anche in

⁸⁹⁴ Non sussistendo un vero e proprio diritto di prova in capo al condannato, non si può affermare che nei confronti del medesimo possa essere configurato alcun onere probatorio.

caso di impugnazione: il potere di sospensione spetta unicamente al giudice che ha emesso l'ordinanza, in virtù del disposto dell'art. 666, co. 7 c.p.p.⁸⁹⁵.

5.4. La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Cenni.

Come è noto, a seguito di *Torreggiani e altri c. Italia* il percorso di sensibilizzazione del legislatore verso le tematiche penitenziarie si concretizza nelle recenti riforme, di cui ai già citati d.l. 146/2013, conv. in legge 10/2014 e d.l. 92/2014, conv. in legge 117/2014, con cui si sono introdotti all'interno dell'ordinamento penitenziario un sistema di rimedi, preventivi e compensativi: a tale scopo, sono stati previsti, l'art. 35-*bis* ord. penit., un ricorso giurisdizionale diretto a garantire l'effettiva tutela dei diritti del detenuto nei casi di "attuale e grave pregiudizio" nell'esercizio dei diritti medesimi, determinato da atti o condotte dell'amministrazione penitenziaria non all'ordinamento penitenziario o al suo regolamento attuativo; l'art. 35-*ter* ord. penit., un rimedio compensativo per coloro che hanno sofferto una detenzione inumana o degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu⁸⁹⁶.

Sul versante della tutela dei diritti dei detenuti, il legislatore è intervenuto altresì attraverso l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, organo chiamato a vigilare affinché l'esecuzione della custodia di tutte le persone *in vinculis* sia attuata in conformità alle norme e ai principi costituzionali ed internazionali⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 307.

⁸⁹⁶ Mentre l'art. 35-*bis* ord. penit. evidenzia marcate affinità con lo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza, il successivo art. 35-*ter* si pone come paradigma tipicamente civilistico, contemplando addirittura, per talune ipotesi, una tutela sussidiaria e residua davanti al tribunale ordinario, che decide *ex artt.* 737 ss. c.p.c.

⁸⁹⁷ Ricalcato sull'istituto scandinavo dell'*Ombudsman*, il Garante nazionale dei diritti dei detenuti è un organo "collegato alla rappresentanza politica nazionale", il quale, forte "di attribuzioni ispettive nei confronti delle amministrazioni dipendenti dall'esecutivo", opera "come istanza di tutela di interessi collettivi e individuali compromessi dall'inerzia dell'amministrazione o dai suoi comportamenti attivi illegittimi o inopportuni". In tale prospettiva, il Garante agisce con il compito di "prevenire l'insorgere di un conflitto" tra il detenuto e l'amministrazione, potendo al limite mediare tra l'amministrazione stessa e la persona *in vinculis*, qualora una lesione si sia verificata. In altri termini, esso è chiamato a monitorare le violazioni dei diritti umani che si compiono all'interno dei luoghi in cui avvengono restrizioni della libertà personale al fine, da un lato, di stimolare le amministrazioni direttamente interessate ad intervenire per adottare i provvedimenti necessari e, dall'altro, di sollecitare l'adozione di provvedimenti di carattere generale da parte degli organi governativi e parlamentari, veicolando all'esterno i problemi che affliggono il sistema penitenziario e «promovendo forme di comunicazione e collaborazione tra le comunità esterne [...] con l'istituzione penitenziaria che troppo spesso è "corpo estraneo" rispetto al territorio». Cfr. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei*

A poco più di un anno dalla loro introduzione, gli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit. hanno evidenziato diverse problematiche applicative⁸⁹⁸.

Prendendo le mosse dall’analisi dell’art. 35-*bis* ord. penit., la dottrina osserva che «al di là di un minimo *restyling* sintattico operato sul testo dell’art. 35, n. 1), ord. penit., disciplinante il tradizionale reclamo “generico”⁸⁹⁹, il d.l. 46/2013 avrebbe opportunatamente seguito le conclusioni raggiunte in seno alla Commissione Giostra in ordine all’introduzione di un reclamo giurisdizionale, tramite la modifica dell’art. 69-*bis* ord. penit. e la previsione di un rimedio *ad hoc*, nella norma dell’art. 35-*bis* ord. penit.⁹⁰⁰. Con il reclamo giurisdizionale *ex art.* 35-*bis* ord. penit., si consente al detenuto di sindacare dinnanzi al magistrato di sorveglianza “le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell’organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa”, con la precisazione che, nei casi di cui all’art. 39, co. 1 nn. 4 e 5, il nuovo rimedio sia utilizzabile anche per valutare il merito del provvedimento adottato dall’Amministrazione penitenziaria e, quindi, non più solo il profilo della sua legittimità⁹⁰¹.

detenuti, in Guida d. 09, dossier/2, p. 110 ss. Istituito presso il Ministero della giustizia, il Garante è un organo collegiale, composto dal presidente e da due componenti, i quali restano in carica per cinque anni, non prorogabili. Tutti i componenti dell’Ufficio sono nominati, previa delibera del Consiglio dei ministri, con decreto del Presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari, e sono scelti tra persone, non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani. La struttura di supporto del Garante, che si avvale di risorse messe a disposizione dal Ministro della giustizia, è costituita da un ufficio composto da personale dello stesso ministero, scelto in funzione delle conoscenze acquisite negli ambiti di competenza del Garante.

⁸⁹⁸ Cfr., *ex multis*, BORTOLATO, *Art. 35-bis*, in Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2015, p. 395 ss.; CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in Conti-Marandola-Varraso, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 105; DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in Caprioli-Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 257 ss.; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130 ss.; ID., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014; FIORENTIN, *Art. 35-ter*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2015; ID., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014; GIOSTRA, *Art. 35-ter*, in Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 415 ss.; ID., *Un pregiudizio ‘grave e attuale’? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2015; VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in Caprioli-Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., p. 205 ss.

⁸⁹⁹ Cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell’anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*.

⁹⁰⁰ Cfr. *Le conclusioni della Commissione Giostra in tema di riforme dell’ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013.

⁹⁰¹ La sindacabilità del contenuto del provvedimento, rappresenta indubbiamente un aspetto positivo, anche se la novità è attualmente prevista per soli due ipotesi, ossia l’isolamento durante la

Ispirato al rispetto del contraddittorio partecipato (*ex artt. 666, 678 c.p.p.*), il procedimento disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit. colmerebbe il vuoto di tutela già ampiamente denunciato dalla Corte costituzionale, con sentenza del 11 febbraio 1999, n. 26⁹⁰², in cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. penit., “nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale”⁹⁰³.

L'innovazione di rilievo è rappresentata dall'inclusione, tra i contraddittori eventuali, delle “amministrazioni interessate” (penitenziaria, sanitaria, anche nelle loro subarticolazioni periferiche), alle quali è riconosciuto “il diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste”⁹⁰⁴.

Con riferimento specifico all'oggetto del procedimento, il legislatore ha precisato che il “pregiudizio”, lamentato dal detenuto, oltre che “attuale”, debba essere anche “grave”: «Se il richiamo alla “gravità” evidenzia “l'intento del legislatore di [...] evitare il rischio di gravare la magistratura di sorveglianza di questioni di natura ‘bagatellare’ e di limitare pertanto la tutela solo a questioni di maggior rilievo”, il riferimento all’“attualità” ripete la dicotomia, evidenziata dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra rimedi preventivi e compensativi, escludendo dalla sfera del reclamo giurisdizionale i pregiudizi verificatisi in passato e non più sussistenti al momento della presentazione della domanda»⁹⁰⁵.

L'operatività del modello garantito di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. postula – a differenza del previgente sistema modulato sulle cadenze dell'art. 14-*ter* ord. penit. – il diritto dell'interessato che ne faccia richiesta a comparire personalmente in udienza.

In caso di accoglimento del reclamo, è opportuno operare una distinzione a seconda che il reclamo sia stato proposto in materia disciplinare ovvero in materia “di

permanenza all'aria aperta e l'esclusione delle attività in comune. Per un primo commento, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130 ss.

⁹⁰² Oltre alla sentenza citata, non si possono non citare le ulteriori pronunce della Corte costituzionale che si inseriscono in tale linea evolutiva, cfr., *ex multis*, Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212, nonché 23 dicembre 2009, n. 266.

⁹⁰³ Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 850 ss.

⁹⁰⁴ “Siffatta previsione ha consentito di superare le critiche rivolte al sistema delineato dall'art. 14-*ter* ord. penit., il quale, non contemplando l'amministrazione quale parte del procedimento per reclamo, ne inibisce coerentemente il potere di ricorrere per cassazione”. Cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell'anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*.

⁹⁰⁵ Cfr. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2.

diritti”: nella prima eventualità, il magistrato di sorveglianza ne dispone l’annullamento e non la mera disapplicazione⁹⁰⁶. Nel secondo caso, invece, il magistrato di sorveglianza ordina all’amministrazione interessata di porre rimedio, entro un preciso termine, alla causa del pregiudizio oggetto del reclamo. La decisione, reclamabile al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell’avviso di deposito, può essere successivamente impugnata, entro 15 giorni dalla comunicazione o notificazione dell’avviso di deposito dell’ordinanza, con ricorso per cassazione per violazione di legge. Nel caso di mancata esecuzione del provvedimento divenuto inoppugnabile, l’interessato ovvero il suo difensore munito di procura speciale, possono chiedere l’ottemperanza al magistrato di sorveglianza, il quale, all’esito di un procedimento partecipato (*ex artt. 666 e 678 c.p.p.*), può ordinare l’ottemperanza alla propria decisione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, ovvero dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito (*ex art. 69, co. 6, lett. b, ord. penit.*). Il magistrato di sorveglianza è, inoltre, competente in ordine a tutte le questioni relative all’esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*; avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge⁹⁰⁷.

Sul versante dell’art. 35-*ter* ord. penit., si precisa come l’istituto in esame preveda tre modalità di ristoro del pregiudizio detentivo sofferto in violazione dell’art. 3 Cedu: “la prima consiste in una riduzione proporzionale della pena espianda; la seconda

⁹⁰⁶ Annullamento, anziché disapplicazione, come riportato in sede di Relazione illustrativa al d.l. 146/2013, Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130 ss.; ID., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014.

⁹⁰⁷ Cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130 ss. Questione problematica di recente decisa positivamente per il reclamante, consiste nell’inclusione nella sfera di tutela di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. degli internati – che la norma non menziona – citati espressamente negli artt. 69, co. 6 e 35-*ter* ord. penit. Sul punto, cfr. Ordinanza del magistrato di sorveglianza di Messina, 8 gennaio 2016, con nota di LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli ‘esclusi eccellenti’ della riforma*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 7-8, con la quale è stato accolto il reclamo di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. da parte del magistrato di sorveglianza nei confronti di un soggetto sottoposto alla misura di sicurezza la cui esecuzione si protraeva oltre il 31 dicembre 2015 all’interno di un O.P.G. che non presentava i requisiti delle R.E.M.S. della riforma d.l. 211/2011 e successive modifiche.

in una dazione pecuniaria; la terza ipotesi, infine, che si sostanzia in un *mixtum compositum* delle prime due⁹⁰⁸.

La prima tipologia risarcitoria (co. 1 e 2), rivolta alle persone tuttora detenute in espiatione di pena al momento della decisione sull'istanza, nei cui confronti il giudice abbia accertato la sussistenza di un pregiudizio derivante dalle condizioni detentive inumane e degradanti, si concretizza nella riduzione della pena ancora da espiare in misura fissa, pari a un giorno per ogni dieci di pregiudizio subito.

La seconda modalità, stabilita in forma pecuniaria al tasso fisso di otto euro per ogni giorno di accertata violazione, è accordata, innanzi tutto, al soggetto detenuto, se la durata del pregiudizio sia stata inferiore a quindici giorni; poi al soggetto che abbia terminato di scontare la pena detentiva in carcere; infine, al soggetto che denunci una violazione patita durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare (co. 3), nonchè al soggetto internato. La terza tipologia ricorre qualora la riduzione di pena riconosciuta al ricorrente sia complessivamente superiore al residuo di pena da espiare (in questo caso è monetizzata la parte residua eccedente la quota imputabile alla pena in esecuzione)⁹⁰⁹.

La disposizione ha suscitato, nel corso di questo primo anno applicativo, più di un dibattito sia nella prassi che in ambito dottrinale. Già in riferimento alla natura del rimedio, accanto a chi ne ravvisa un'attitudine risarcitoria in senso stretto⁹¹⁰, si colloca chi ne individua, al contrario, una funzione indennitaria, non mirando «a risarcire in senso tecnico il danno subito in concreto dal detenuto secondo le collaudate categorie civilistiche, ma a corrispondergli un indennizzo forfettario per il solo fatto di essere stato assoggettato ad una detenzione degradante»⁹¹¹.

Con riferimento alle caratteristiche del pregiudizio, un vivace dibattito si è, inoltre, sviluppato intorno al requisito dell'«attualità» del pregiudizio sofferto dal detenuto a causa di condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: secondo una prima

⁹⁰⁸ Cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell'anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*. Rientrano all'interno dei legittimati attivi a richiedere il risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35-ter ord. penit. anche i condannati alla pena dell'ergastolo, che, avendo espiato parte della pena in condizioni disumane, non possano fruire della riduzione di pena prevista dal comma 1 dell'art. 35-ter ord. penit: sul punto, cfr. Corte cost. 21 luglio 2016, n. 204.

⁹⁰⁹ Cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell'anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*.

⁹¹⁰ Cfr., *ex multis*, GORI, *Articolo 3 Cedu e risarcimento da inumana detenzione*, in *Questione giust.*, 2 ottobre 2014.

⁹¹¹ Cfr., *ex multis*, GIOSTRA, *Art. 35-ter, cit.*, p. 417.

interpretazione, avvallata anche dal C.S.M. e da parte della giurisprudenza di merito⁹¹², e fondata sul dato letterale (*ex art. 69, co. 6, lett. b, ord. penit.*), il magistrato di sorveglianza sarebbe competente a conoscere soltanto le situazioni di pregiudizio “attuale”, sussistente, cioè, sia al momento della proposizione del ricorso da parte del detenuto interessato che della relativa decisione; secondo un’opposta prospettiva, invece, la tesi appena descritta condurrebbe al risultato di vanificare, sul piano pratico, la tutela risarcitoria, rendendo i rimedi “preventivi” e “compensativi” non già complementari – come prescritto dalla sentenza Torreggiani – ma addirittura tra loro incompatibili, poiché l’attivazione del rimedio di cui all’art. 35-*bis* ord. penit., inducendo *ope judicis* l’effetto della cessazione delle condizioni disumane e degradanti, determinerebbe il venir meno anche dell’“attualità del pregiudizio”, precludendo la possibilità di esperire il successivo ricorso risarcitorio⁹¹³.

⁹¹² Una parte della dottrina, partendo dalla rigida previsione del *quantum* risarcibile *ex art. 35-ter* ord. penit. – otto euro per ogni giornata di “trattamento inumano o degradante”, evidenza delle forti perplessità avuto riguardo alla natura propriamente “risarcitoria”, che dovrebbe contraddistinguere l’istituto in esame. Sorge – secondo tale orientamento – il dubbio che il rimedio predisposto dal legislatore persegua una finalità “punitiva” (prima che risarcitoria) nei confronti dell’amministrazione, in quanto responsabile dell’inumana o degradante condizione cui sottopone coloro che stanno scontando una pena o una misura di sicurezza detentiva (si tratterebbe di un “obbligo di tutela civile” di fonte convenzionale). Cfr. FIORENTIN, *Sulla valutazione in giorni cala l’incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, fasc. 30, 2014, p. 29 ss.; DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 Ottobre 2014; MAZZAMUTO, *Sentenza Torreggiani: cosa è possibile fare in “zona Cesarini”?*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU* (a cura di), Ruotolo, Napoli, 2014, p.166; G. GIOSTRA, *Commento all’art 35-ter, cit.*, p. 416; CIUFFOLETTI-MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana*, in www.questionegiustizia.it, 1 luglio 2015; BRACCIALINI, *Art. 35 ter., Ordinarmento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *ivi*, 11 marzo 2015. Cfr. anche il *Parere sul decreto-legge 26 giugno 2014 N. 92 del CSM*, disponibile al link http://www.csm.it/PDFDinamici/20140730_6.pdf.

⁹¹³ La competenza a disporre la “risarcibilità” del danno non patrimoniale discendente da trattamento inumano o degradante in capo al magistrato di sorveglianza era stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale. Si veda, in particolare, l’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Lecce del 9 giugno 2011, in *Dir. pen. cont.*, con nota di INGRASSIA, *Magistrato di Sorveglianza di Lecce, 9 giugno 2011, Giud. Tarantino, 16 Settembre 2011*; *contra*, l’ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Vercelli del 18 Aprile 2012, in *Dir. pen. cont.*, con nota redazionale di VIGANÒ, *Inammissibile la domanda di condanna dell’amministrazione penitenziaria al risarcimento dei danni da lesione dei diritti del detenuto in sede di reclamo al magistrato di sorveglianza*, 24 Maggio 2012. In dottrina, cfr. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 1216 ss. Prima dell’intervento riformatore si era pronunciata nel senso dell’incompetenza del magistrato di sorveglianza anche Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*. Si veda, altresì, DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 6, p. 2264 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici. Il legislatore del 2014 si è infine discostato anche dalle indicazioni fornite dalla ‘Commissione Giostra’, soprattutto avuto riguardo alla preclusione dell’azione civile nelle ipotesi di accettazione dell’ “equo indennizzo” disposto dal magistrato di sorveglianza, che abbia accertato la grave

Quanto, invece, alla “gravità”, essa non può essere stabilita secondo parametri predeterminati o “tabelle”, ma dovrà essere valutata volta per volta, nel singolo caso all’esame del giudice⁹¹⁴. Ulteriore problematica attiene all’individuazione del *dies a quo* di decorrenza della detenzione valutabile ai fini del risarcimento del danno ai sensi dell’art. 3 Cedu in favore del soggetto detenuto (o che è stato detenuto). Secondo i fautori della tesi della natura civilistica del rimedio compensativo introdotto dall’art. in commento, invero, il diritto al risarcimento soggiace al termine prescrizione di cui all’art. 2947 cod. civ., che si compie nel quinto anno anteriore alla proposizione della domanda o al primo atto interruttivo⁹¹⁵. Coloro che, al contrario, propendono per la natura indennitaria (e non risarcitoria) del rimedio in commento escludono l’operatività della prescrizione, anche in considerazione del principio secondo cui *actio nondum nata non praescribitur* (ex art. 2935 cod. civ.), per cui è preclusa la possibilità di decorso della prescrizione da data anteriore a quella in cui la relativa pretesa è divenuta azionabile⁹¹⁶.

5.4.1. *Le criticità applicative: soluzioni de iure condendo.*

Come si legge dalla *Relazione* della proposta di disegno di legge presentata alla Camera dei Deputati, il 23 dicembre 2014⁹¹⁷, dal Ministro dell’giustizia, on. Orlando e dai Ministri on. Alfano e Padoan, *la necessità di una risistemazione organica dell’ordinamento penitenziario* è dovuta dal fatto che “in esso convivono, con inevitabili frizioni interne, *l’istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale*, che sin dai primi anni novanta si è sovrapposta alla prima, piegando alcuni istituti alla funzione di incentivazione della collaborazione con l’autorità

violazione del diritto del detenuto, e l’efficacia di giudicato nel giudizio civile per risarcimento del danno dell’ordinanza con cui il magistrato abbia accolto o respinto il reclamo. Cfr., sul punto, *Le conclusioni della Commissione Giostra in tema di riforme dell’ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 Dicembre 2013, nonché MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi”: prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 594 ss.

⁹¹⁴ Cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell’anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*.

⁹¹⁵ Cfr. MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2014, p. 27. Per un approfondimento, cfr. FIORIO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*. Il Libro dell’anno del Diritto 2016, (2016), in *Treccani online*.

⁹¹⁶ Cfr. Ordinanza del magistrato di sorveglianza di Sassari, 24 aprile 2015.

⁹¹⁷ Come già si è anticipato, la proposta è oggi attualmente pendente al vaglio del Senato (n. 2067), per cui il testo di riferimento, approvato dalla Camera dei Deputati, non è l’art. 26, ma l’art. 31.

giudiziaria ed escludendone altri dal trattamento rieducativo proprio in ragione di un incremento dell'efficacia meramente punitiva dell'esecuzione penale”⁹¹⁸.

Manifesto di intenti, letto dalla dottrina come indice positivo e promettente di un ripensamento articolato e organico della materia: “È dunque, quella attuale, *una fase particolarmente delicata per l'universo carcerario*: un presente che fa fatica ad assimilare i concitati fermenti legislativi degli ultimissimi tempi ed un futuro prossimo incerto, che potrebbe conoscere uno sviluppo assai importante della politica penitenziaria oppure un esiziale contraccolpo, se dovesse prevalere la stentorea voce di certo populismo securitario, per la verità mai afono, poiché taluni politici tutto ignorano, tranne quanto sia remunerativa la retorica della sicurezza pubblica, potente mezzo di procacciamento di consensi da parte di una collettività insicura e non disinteressatamente allarmata”⁹¹⁹.

Il movimento culturale promosso dal Ministero della Giustizia con la parallela iniziativa degli *Stati generali dell'Esecuzione penale*, ha indotto il prof. Glauco Giostra (in collaborazione con il prof. Pasquale Bronzo) ad individuare i principali esperti del settore penitenziario per “fornire suggerimenti rispetto ai contenuti sia dei criteri direttivi della legge di delega sia della loro realizzazione”⁹²⁰.

⁹¹⁸ Cfr. *Relazione* introduttiva, consultabile in AA.VV., *Carcere materiali per la riforma*, (a cura di) Giostra, 17 giugno 2015, p. 1 cit. anche da GIOSTRA, *Premessa*, p. II.

⁹¹⁹ Cfr. GIOSTRA, *Premessa*, p. II.

⁹²⁰ Si legge, nella premessa, firmata da Giostra: “La realizzazione dell’idea di chiamare a raccolta giuristi ed operatori che si occupano di carcere per una sorta di informale istruttoria legislativa ha chiesto qualche scelta ‘di metodo’. Nella selezione delle persone da interpellare, anzitutto. Si è cercato di fare in modo che nei questi ‘materiali’ potessero trovare posto le sensibilità di tutte le categorie interessate: gli studiosi che si occupano di carcere e pena, i magistrati e in particolare i magistrati di sorveglianza, gli avvocati, portatori delle loro esperienze individuali e spesso anche di riflessioni maturate nelle Camere penali, esponenti dell’amministrazione penitenziaria, le voci dell’associazionismo civile che si dedica al mondo del carcere. Ad ognuna delle persone invitate a partecipare è stato chiesto di volgere l’attenzione ad almeno uno temi posti dal progetto di delega contenuto nel disegno di legge governativo (n. 2798/C) presentato alla Camera dei deputati ed attualmente all’esame della Commissione giustizia, nella duplice prospettiva della formulazione del criterio di delega e della sua possibile attuazione. Gli interpellati sono stati invitati anche a formulare proposte su temi non toccati dal disegno di legge ipotizzando i nuovi criteri direttivi di cui si auspicherebbe l’introduzione da parte del Delegante. L’ambizione è stata quella di accumulare, come in un *dossier*, idee ed opinioni in grado di fornire suggerimenti o argomenti di riflessione, anche critica, prima al legislatore ‘delegante’, e poi al Governo quando dovrà (come ci si auspica) porre mano finalmente alla redazione di un decreto legislativo di riforma dell’ordinamento penitenziario. Per questo motivo ogni contributo è stato suddiviso fondamentalmente in due parti, a seconda che le proposte formulate dall’Autore si riferiscano alla definizione dei criteri di indirizzo della riforma legislativa ovvero alla loro concreta attuazione. Ciò dovrebbe far sì che questi ‘materiali’ possano essere letti (o anche solo consultati) più agevolmente, come è imposto dalla loro funzione tecnica e strumentale”. Cfr. GIOSTRA, *Premessa*, p. II.

Con riferimento alle indicazioni specifiche, il *dossier* segue l'ordine dei criteri e delle direttrici elencate nell'art. 26 della delega n. 2798⁹²¹.

Il primo criterio si esprime in ordine alla:

a) semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione.

L'idea di una *razionalizzazione della materia procedurale* è stata colta dagli autori in commento (cfr. Fiorentin, Adorno, Bortolato), da una parte, con grande entusiasmo, rappresentando la stessa “un'esigenza – ampiamente condivisa soprattutto tra gli operatori – di riscrittura delle regole processuali che governano l'attività giurisdizionale della magistratura di sorveglianza, in chiave di potenziamento della risposta di giustizia che da essa deve provenire in un settore di rilevanza cruciale quale la “giurisdizione rieducativa”⁹²²; dall'altra, si sono palesate immediatamente delle perplessità circa la “*formulazione del punto di delega in esame, soprattutto nella parte in cui sembra implicare una semplificazione generalizzata delle procedure* (con la sola eccezione dei procedimenti per revoca delle misure alternative alla detenzione), laddove unanime opinione ritiene, invece, che dalla eventuale de-giurisdizionalizzazione dovrebbero rimanere indenni (quantomeno) i procedimenti di applicazione delle misure

⁹²¹ Giuristi ed operatori sono stati chiamati a una sorta di informale istruttoria in vista del prossimo avvio dell'esame nel disegno di legge di iniziativa governativa (n. 2798/C “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena”) presentato alla Camera il 24 dicembre 2014, che contiene (artt. 24 e 26) una delega al Governo per la “risistemazione organica dell'ordinamento penitenziario”. I contributi sono ordinati seguendo la scansione dei criteri di delega elencati nell'art. 26 del disegno di legge, che dunque costituiscono altrettanti “capitoli” della prima parte del *paper*, preceduti da un compendio di Fabio Fiorentin, volto ad offrire uno sguardo di sintesi e l'indicazione di possibili percorsi di lettura. In una seconda parte, sono raccolte le proposte di criteri direttivi ulteriori rispetto a quelli della proposta governativa e i suggerimenti di riforma della disciplina penitenziaria che prescindono dal testo di Delega. Per un approfondimento complessivo dell'articolato, cfr. AA.VV., *Carcere materiali per la riforma*, (a cura di) Giostra, cit., p. 1 ss.; testo approvato alla Camera e attualmente in discussione al Senato, A.S. 2067, con alcune parziali modifiche. L'articolato di riferimento non è più infatti l'art. 26, bensì l'art. 31, già citato per intero, cfr., *supra*, p. 314. Successivi al lavoro di ricerca in esame, sono i contributi di PALAZZO, *La riforma alza il tiro?*, *Considerazioni sul disegno di legge A.S. e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2016, nonché PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, *ivi*, 30 maggio 2016. Gli autori si soffermano, in particolar modo, sull'esegesi dell'art. 38 della legge delega, che prevederebbe una riserva normativa (topografica) a favore del codice penale, disponendo che tutte le disposizioni, variamente collocate, dovrebbero essere ricondotte nel testo principe della materia penale: da una parte, tale scelta viene valutata con favore in vista di un riordino sistematico della materia, dall'altra, valutando anche la lista di fattispecie, che secondo il legislatore delegante, dovrebbe transitare all'interno del codice penale, si mostrano delle preoccupanti perplessità in ordine alla gestione di esse e soprattutto della loro reale integrazione rispetto al testo base.

⁹²² Cfr. FIORENTIN, *Guida alla lettura*, p. 8.

alternative e altri fondamentali ambiti di giurisdizione, poiché avvertiti come il *core* della giurisdizione di sorveglianza (quali, ad es., le misure di sicurezza, i casi di differimento dell’esecuzione della pena, la materia delle impugnazioni di competenza del Tribunale di sorveglianza, i reclami giurisdizionali di cui all’art. 35-*bis* ord. penit.)”⁹²³. In tali ambiti, infatti, “non si ravvisano ulteriori spazi di manovra di qualche consistenza nella direzione di una de-giurisdizionalizzazione delle relative scansioni procedurali, per le quali sarebbe, anzi, *esiziale ogni eventuale compressione della facoltà di contatto diretto dell’interessato con il proprio giudice*, considerando non solo il magistrato togato ma anche gli esperti del tribunale di sorveglianza”⁹²⁴.

Due sono le possibili soluzioni, conformi al rispetto delle garanzie minime fondamentali (del contraddittorio e della pubblicità dell’udienza) in prospettiva *de iure condendo*: (1) preservando la competenza dell’organo collegiale per l’applicazione delle misure di sicurezza, si auspica l’adozione generalizzata del procedimento *de plano*, ex art. 667, co. 4 c.p.p.; (2) si prospetta l’introduzione di un meccanismo bifasico, simile all’art. 69-*bis* ord. penit., che preveda una fase monocratica non assistita da contraddittorio pieno – benché pur sempre disciplinata in termini tali da consentire

⁹²³ Secondo Fiorentin, infatti, “Si tratta, in effetti, di istituti per i quali ben difficilmente può sostenersi l’estraneità alla materia de libertate (men che meno nel caso dei soggetti c.d. “liberi sospesi”, ovvero dei procedimenti in materia di revoca delle misure alternative) e che, per tale peculiare connotazione, non sopporterebbero – pena l’incostituzionalità – forme processuali non rispettose dell’esigenza di un contraddittorio effettivo”. Cfr. FIORENTIN, *Guida alla lettura*, p. 8.

⁹²⁴ Secondo Adorno, invece, la ripartizione delle competenze andrebbe risuddivisa tra il giudice delle cognizione, giudice dell’esecuzione e magistratura di sorveglianza: “In un’ottica di snellimento procedurale, converrebbe dirottare sul giudice della cognizione anche la competenza a determinare, in sede di condanna, le prescrizioni inerenti alle sanzioni della semidetenzione e della libertà controllata (artt. 54 e 55 l. n. 689 del 1981). Andrebbero, invece, dislocate sul giudice dell’esecuzione tutte quelle attribuzioni *post iudicatum* estranee al cono di luce dell’art. 27, comma 2, Cost.: si pensi, a titolo esemplificativo, alle decisioni in tema di rateizzazione e conversione delle pene pecuniarie (art. 660 c.p.p.), remissione del debito (art. 6 d.p.r. n. 115 del 2002) e prelievi sulla remunerazione (art. 56 d.p.r. n. 230 del 2000)”. Con riferimento specifico, inoltre, al riassetto interno della magistratura di sorveglianza, cfr. Ridimensionata la competenza della magistratura di sorveglianza, occorrerebbe poi concepire l’intervento del tribunale in termini di stretta necessità. Lungo questa china, si collocherebbe l’idea di attribuire al giudice monocratico la competenza a decidere sull’applicazione delle misure alternative alla detenzione, ferma restando la facoltà delle parti di investire del *thema*, in un seconda battuta, l’organo collegiale. Gli obiettivi di razionalizzazione e semplificazione delle procedure dovrebbero essere perseguiti: a) elaborando, in relazione alle specificità della giurisdizione di sorveglianza, e muovendo dai tre modelli alternativi oggi offerti dagli artt. 666 e 678 c.p.p., 667 comma 4 c.p.p. e 69-*bis* ord. penit., nuovi e autonomi archetipi di riferimento, a contraddittorio necessario ed eventuale, preventivo e differito; b) conseguentemente, unificando i numerosi procedimenti di reclamo attualmente esistenti (cfr., a titolo esemplificativo, artt. 14-*ter*, 30-*bis*, 35-*bis*, 41-*bis*, 65-*bis* e 69-*bis* ord. penit.); c) circoscrivendo l’ambito dei provvedimenti monocratici reclamabili dinanzi al tribunale di sorveglianza, ma garantendo la ricorribilità per cassazione delle decisioni sottratte al duplice vaglio di merito; d) prevedendo che, nel procedimento a contraddittorio eventuale e differito, il magistrato di sorveglianza pronunciatosi *inaudita altera parte* non possa decidere o concorrere a decidere sull’atto”. Cfr. ADORNO, *Contributo*, p. 14 ss.

l'interlocuzione difensiva anche mediante la facoltà di estrarre copia degli atti e di depositare memorie – seguita da una fase pienamente giurisdizionalizzata nell'ipotesi di non concedibilità *prima facie* del beneficio, idonea a permettere il recupero delle garanzie in precedenza perse⁹²⁵. In sintesi, secondo Fiorentin: «Gli obiettivi di *razionalizzazione e semplificazione delle procedure* dovrebbero essere perseguiti puntando (e) sviluppando i tre modelli alternativi oggi offerti dagli artt. 666 e 678 c.p.p., 667 comma 4 c.p.p. e 69-bis ord. penit., unificando le attuali numerose tipologie di reclamo, limitando le ipotesi di reclamabilità nel merito delle decisioni monocratiche dinanzi al tribunale di sorveglianza, ma garantendone la ricorribilità per cassazione e introducendo nel procedimento di sorveglianza alcune fondamentali regole dell'“equo processo”, quali una più stringente disciplina delle incompatibilità; la sospensione dell'esecutività dell'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza rigetta la richiesta del condannato libero o accoglie quella del condannato detenuto; l'immediata esecutività del provvedimento *de plano* che applica la misura alternativa; introducendo nei procedimenti che incidono su diritti fondamentali (artt. 14-ter e 41-bis, commi 2-quinquies e 2-sexies, ord. penit.) termini perentori a pena di inefficacia, secondo il canovaccio delineato dall'art. 309, commi 5, 9 e 10, c.p.p.»⁹²⁶.

⁹²⁵ Cfr. FIORENTIN, *Guida alla lettura*, p. 8, per cui: “Anche nella fase *de plano*, dovrebbe comunque essere garantita la possibilità di un contraddittorio eventualmente solo cartolare, con possibilità di accesso agli atti e di interlocuzione della difesa, sul modello di quanto previsto dall'art. 415 bis c.p.p. E' altresì avvertita l'esigenza che, nel caso di provvedimento reiettivo emesso *de plano*, sia sempre prevista l'obbligatoria instaurazione del contraddittorio ed esclusa la revoca della sospensione”.

⁹²⁶ Sul piano degli assetti interni alla magistratura di sorveglianza, emerge l'ipotesi di un *riassetto delle competenze tra magistrato di sorveglianza e tribunale di sorveglianza*. Spagnolo per la generalizzazione della previsione dell'applicazione delle misure alternative ad opera del magistrato di sorveglianza, per una *ripartizione “verticale” delle competenze*, configurando l'intervento del tribunale di sorveglianza quale istanza di riesame delle decisioni dell'organo monocratico, con conseguente revisione in senso restrittivo delle ipotesi di ricorso per cassazione, da limitare ai soli provvedimenti incidenti sulla libertà personale o su diritti fondamentali (ed ammettendolo eventualmente solo avverso i provvedimenti adottati dal tribunale di sorveglianza in sede di impugnazione). Vicoli, invece, prospetta una *suddivisione “orizzontale” delle dette competenze tra organo monocratico e collegiale*, con conseguente razionalizzazione delle procedure per l'adozione delle rispettive decisioni, sulla base del principio della competenza generale dell'assise collegiale (che diventa “onnicomprensiva” nel caso delle misure alternative alla detenzione) e di quella residuale e “cautelare” del magistrato monocratico. Su tale premessa, si prospetta una *razionalizzazione delle procedure, su due soli paradigmi*: uno a contraddittorio indefettibile (materie di competenza collegiale); l'altro a contraddittorio eventuale e differito (per le competenze monocratiche). Cfr. SPAGNOLO, *Contributo*, p. 76 ss. Particolare attenzione è dedicata alla disciplina recentemente introdotta in materia di ricorso risarcitorio di cui all'art. 35-ter ord. penit., “su cui si appunta la riflessione di chi suggerisce un modello bifasico, incentrato sul contraddittorio meramente cartolare davanti al magistrato di sorveglianza e di un secondo grado di giudizio definito con procedura pienamente partecipata davanti al tribunale di sorveglianza; e di chi, invece, si interroga sull'opportunità di mantenere un secondo grado di giudizio di merito”. Cfr. FIORENTIN, *Contributo*, p. 40 ss.

Con specifico riferimento all’art. 656 c.p.p., la dottrina suggerisce un ripensamento della formulazione del comma 5 “nel senso di *generalizzare la previsione della sospensione* da parte del pubblico ministero dell’esecuzione delle *pene detentive non superiori a quattro anni*”, superando così «l’attuale assetto che, oltre ad essere immotivatamente discriminatorio in relazione alle soglie di pena che consentono di evitare l’“assaggio di carcere” ai condannati definitivi, risente di un difettoso coordinamento tra le soglie di pena che consentono la sospensione dell’ordine di esecuzione e la possibilità di concessione dell’affidamento in prova al servizio sociale per pene detentive non superiori – anche de residuo – a quattro anni, prevista dal comma 3bis, art. 47 ord. penit.»⁹²⁷.

Con riguardo al secondo criterio, *b) revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse*, “è diffusa la percezione dell’ineffettività dell’attuale assetto a motivo del contenuto scarsamente rieducativo dispiegato dalle singole misure alternative, che risultano oltretutto inadeguate a garantire la collettività contro il pericolo di recidiva, così alimentando un percorso ciclico che porta a periodiche

⁹²⁷ Secondo Fiorentin, “Una seconda modifica possibile della procedura potrebbe coinvolgere la disciplina contenuta nel comma 10 dell’art. 656 c.p.p. attuale formulazione, che il soggetto, il quale si trovi sottoposto alla misura degli arresti domiciliari al momento in cui la sentenza di condanna diviene definitiva, permane - sempre che i limiti di pena e il titolo di reato lo consentano - nello stato detentivo in cui si trova, fino a che il tribunale di sorveglianza, cui il pubblico ministero trasmette immediatamente gli atti, non provveda sulla eventuale applicazione di una misura alternativa alla detenzione. La peculiare situazione in cui si trova il condannato il quale - per espresso disposto di legge: comma 10 art. 656 cit. - inizia automaticamente ad espriare la pena definitiva nello stato anodino di esecuzione domiciliare, suggerisce la possibilità di *modificare la disciplina vigente nel senso di stabilire che, nella fattispecie in esame, il condannato espierà ex lege la pena nella forma della detenzione domiciliare*, la cui gestione rimarrebbe peraltro affidata, come già oggi avviene, al governo della magistratura di sorveglianza, salva sempre la possibilità, per l’interessato, di formulare al giudice di sorveglianza un’istanza per l’applicazione di una più ampia misura (es. affidamento in prova al servizio sociale). Tale suggerita modifica procedurale - oltre a raccordarsi, sul piano sistematico, alla delega introdotta dalla l. n. 67/2014 in tema di “nuove pene”, tra cui la “reclusione domiciliare” - consentirebbe una deflazione del carico dei tribunali di sorveglianza e la possibilità di evitare soluzioni di continuità tra la definitività del titolo di condanna e l’inizio dell’esecuzione penale, senza per questo intaccare in nulla le esigenze preventive, già valutate dal giudice della cautela e del merito con riferimento alla misura cautelare domiciliare e senza, d’altro canto, incidere la possibili”. Cfr. FIORENTIN, *Contributo*, p. 40 ss. Sulla scorta di tale modifiche si verrebbe a creare un sistema a “duplice tensione” sospensiva, da un lato il meccanismo della sospensione del procedimento per l’indagato o imputato in fase processuale o, pre-processuale, da un lato, e la sospensione dell’esecuzione della pena in fase post-processuale, quanto meno di accertamento della responsabilità e della colpevolezza: una sospensione del processo con la messa alla prova dell’imputato, da una parte, e la sospensione dell’esecuzione e l’accesso alla misura alternativa, dall’altra. In un tale sistema, risulta inevitabilmente doveroso un ripensamento dei meccanismi sospensivi/sostitutivi delle pene detentive di breve durata. Sul punto, si è espresso anche Pelissero con riguardo al testo attualmente al vaglio del Senato. Secondo l’autore, si tratterebbe di una delega eccessivamente generica, una sorta di delega in bianco al Governo in materia di misure alternative. Cfr. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, cit., p. 11.

stagioni di legislazione emergenziale, con contrazione degli spazi applicativi delle misure *extra moenia* per effetto di stringenti preclusioni all'accesso ai benefici che, una volta applicate, si rivelano dei filtri a maglie eccessivamente strette, che intasano l'intero sistema dell'esecuzione penitenziaria e finiscono quindi per essere selezionate per la soppressione⁹²⁸.

Tale circuito vizioso potrebbe essere spezzato, con "l'espunzione delle ultime preclusioni ancora vigenti tra quelle introdotte dalla legge "ex-Cirielli" e, segnatamente, inserite negli artt. 30-*quater* e 58-*quater*, co. 7-*bis* ord. penit., nonché con riferimento all'esclusione dell'operatività della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e in relazione agli accertamenti istruttori sulla personalità del condannato, ex artt.4-*bis*, co. 1-*quater* e *quinquies*, 13-*bis* ord. penit.⁹²⁹.

Nella cornice di un maggior coordinamento tra la disciplina del codice di rito e l'ordinamento penitenziario si inserisce anche la proposta di rivedere il catalogo dei titoli di reato che attualmente risultano ostativi alla sospensione ex art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p., ma non ai fini dell'accesso alle misure alternative, armonizzando il disposto della lett. a), art. 656 c.p.p. con quello dell'art. 4-*bis* ord. pen. a sua volta da riscrivere in chiave razionalizzatrice.

Con riferimento alle possibili opzioni di *intervento sulla disciplina delle singole misure alternative*, l'attenzione si è in particolare concentrata sulle molteplici ipotesi di *esecuzione domiciliare della pena*, in relazione alle quali si avverte la necessità di un complessivo riordino, che verrebbe perseguito anche ipotizzando *l'abrogazione dell'istituto della esecuzione della pena presso il domicilio* di cui alla l. 199/2010 e succ. modd., atteso che, dopo la l. 94/2013, la misura di cui all'art. 47-*ter* comma 1-*bis*, ord. penit., ha pienamente recuperato le proprie potenzialità applicative⁹³⁰.

⁹²⁸ Cfr. FIORENTIN, *Contributo*, p. 40 ss.

⁹²⁹ Cfr. FIORENTIN, *Contributo*, p. 40 ss.

⁹³⁰ In relazione alla più diffusa tipologia di esecuzione di pena al domicilio, una proposta suggerisce che il limite di pena attualmente previsto per l'accesso alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, c.p.p., sia stabilito a quattro anni, «da leggere come confine normativamente prescelto fra la necessità del carcere e la praticabilità di espiazioni esterne»; prevedendo – a garanzia della completezza e della ponderazione della decisione – una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendo tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire. A tale intervento si accompagnerebbero modifiche alle disposizioni che prevedono il coinvolgimento degli uffici dell'esecuzione penale esterna e migliori volte a rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante l'impiego della Polizia penitenziaria. Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, p. 162 ss. Anche la disciplina dell'*affidamento in prova al servizio sociale* è stata oggetto di suggerimenti in prospettiva de iure condendo, secondo una radicale espunzione dall'ordinamento, per lasciare ampio spazio al nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova, introdotto ex legge 67/2014. In tema di

Segue il terzo criterio, per cui *c) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo*. Sul piano attuativo della delega, accanto alle proposte volte a una drastica limitazione dell'ambito di operatività dell'art. 4-*bis* ord. penit.⁹³¹, si inserisce l'idea di introdurre, in luogo dell'attuale meccanismo rigidamente ancorato ad astratte presunzioni assolute di persistenza della pericolosità sociale in assenza di collaborazione con la giustizia, una più flessibile disciplina informata all'idea “costituzionalmente orientata” di mantenere *una presunzione (soltanto) relativa di persistente pericolosità*, superabile con l'accertamento della rottura dei rapporti con il sodalizio criminale di appartenenza e strutturata «su un percorso “aggravato” rispetto all'attuale con riguardo alle *quote di pena* che occorre avere espiato per accedere ai benefici penitenziari, differenziato in relazione alla gravità del reato commesso»⁹³².

affidamento a carattere “terapeutico” (ex art. 94, t.u. stup.), ragioni di simmetria interna al sistema sospensivo di cui all'art. 656, co. 5 c.p.p., sostengono l'opinione di riportare il limite di pena previsto per la misura speciale all'originaria cifra di quattro anni, a fronte tuttavia di una rimodulazione *in mitius* della cornice edittale prevista per i reati in materia di sostanze stupefacenti, anche alla luce del pronunciamento costituzionale (cfr. Corte cost. n. 32 del 2014), benché non manchino indicazioni di segno opposto, che auspicano, invece, l'eliminazione della attuale distinzione *ratione poenae* (6 o 4 anni) per l'accesso alla misura terapeutica. Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, p. 162 ss. Decisamente innovativa è la proposta di introdurre *l'affidamento in prova in casi di disagio psichico o sociale*, per intervenire sulla c.d. detenzione sociale, che connota la situazione di persone tossico e alcooldipendenti, immigrati e, in minore, ma significativa misura, persone con disagio psichico e sociale, cui si accompagna l'auspicato potenziamento dell'ambito applicativo degli artt. 146 e 147 c.p. e degli artt. 47-*quater* e 47-*quinquies* ord. penit., nonché alla proposta creazione di nuove tipologie di misure alternative terapeutiche, così da assicurare il diritto ad una morte dignitosa e libera. Anche il regime di *semilibertà* potrebbe essere compreso nell'intervento riformatore, al fine di rivitalizzare un beneficio che sembra marginalizzato nell'applicazione pretoria, mediante l'introduzione di meccanismi di applicazione provvisoria del detto regime, analogamente a quelli vigenti per l'affidamento sociale e la detenzione domiciliare e rimodulando il contenuto della misura, anche prevedendo che i condannati in regime di *semilibertà* possano trascorrere le ore notturne al proprio domicilio. Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, p. 162 ss. Tra i benefici penitenziari suscettibili di modifica è anche compresa la *liberazione anticipata*, per la quale si propone di intervenire prevedendo, per i condannati a pene fino ad un anno di reclusione, la possibilità di ottenere la riduzione accesso alle misure alternative di venti giorni per ciascun trimestre di pena espiata, così da evitare l'attuale situazione in cui spesso il beneficio non può essere applicato in relazione all'ultimo segmento della detenzione. Cfr., sul punto, FIORIO, *Contributo*, pp. 127-129; PASSIONE, *Contributo*, pp. 130-137 e CARNEVALE, *Contributo*, pp. 101-123.

⁹³¹ Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, pp. 162-167.

⁹³² Cfr. BORTOLATO, *Contributo*, pp. 157-159. Si continua sul percorso di espunzione delle preclusioni, con la proposta di Bortolato di sopprimere integralmente l'art. 58-*quater* ord. penit. e la preclusione prevista in seno alla detenzione domiciliare “generica”, ex art. 47-*ter* comma 1-*bis* ord. penit., relativa ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Ad analoghe esigenze di riespansione dell'ambito di apprezzamento valutativo del giudice rispondono le proposte di soppressione dell'art. 47-*ter*, comma 9-*bis*, ord. penit. e di espunzione della preclusione biennale dei premissi premiali, ex art. 30-*ter* comma 5 ord. penit. Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, pp. 162-167. Sul punto, anche PELISSERO, *La*

Alla medesima prospettiva, si orienta l'ipotesi di soppressione *tout court* dei commi 1-*ter*, e 2-*bis*, art. 4-*bis* ord. penit., relativi ai c.d. delitti di “seconda fascia”: a controbilanciare l'eliminazione delle preclusioni, si è valutata l'opportunità di assegnare al giudice di sorveglianza più pregnanti possibilità di valutazione del caso concreto, mediante l'interlocuzione delle direzioni distrettuali antimafia, quali fonti privilegiate di informazioni circa attualità dei collegamenti dei condannati con i sodalizi criminali di provenienza. In tema di c.d. “ergastolo ostativo”, le proposte suggeriscono un intervento sulla disciplina della liberazione condizionale attraverso l'affrancamento della medesima dalle preclusioni penitenziarie. Sul versante delle residue *preclusioni a carico dei recidivi “qualificati”*, l'intervento di revisione dovrebbe riguardare la detenzione domiciliare per gli ultrasettantenni (art.47-*ter*, co. 01, ord. penit.) ancora inaccessibile al recidivo, la soppressione dell'art.30-*quater* ord. penit. e della disposizione dell'art. 176 co. 2, c.p. in tema di liberazione condizionale, per restituire al tribunale di sorveglianza la necessaria discrezionalità del giudizio sulla persona del condannato, al fine di decidere sulla concessione delle misure⁹³³.

Il quarto criterio, inoltre, prevede un intervento nel senso di *d) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative*. Le linee direttrici di introduzione di forme di giustizia riparativa all'interno dell'esecuzione penale dovrebbero portare il legislatore a non basare la riforma sulla sola selezione dei reati, in forza del *nomen iuris* oppure della pena edittale, ma ancorare la previsione di tale percorso *alle circostanze concrete dell'episodio criminoso*, atteso che «è da queste ultime che dipendono, infatti, il conflitto interpersonale e, quindi, la realistica possibilità di un suo superamento attraverso adeguate “terapie

politica penale delle interpolazioni, cit., p. 11, a commento del criterio *sub c)*, secondo il testo attualmente al Senato e collocato alla lett. e): a livello generale, di principio, si condivide la scelta del legislatore di suggerire al legislatore una differenziazione dei percorsi penitenziari che possa rispecchiare espressamente una scelta di politica criminale, indicando, di volta in volta, quale fini è stato prescelto. Sul piano pratico, si evidenziano, tuttavia, serie perplessità sia in ordine al criterio in base al quale dovrebbe essere effettuata tale distinzione e, in base, a quali fattispecie, poi dovrebbe essere attuata.

⁹³³ Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, pp. 162-167. Sul punto, più di recente, anche Pelissero, *La politica delle interpolazioni*, cit., p. 12, secondo cui, secondo l'indicazione testuale, non vi sarebbe spazio per un superamento delle preclusioni rispetto ai condannati alla pena dell'ergastolo (per reati di criminalità organizzata in assenza di collaborazione con la giustizia, pur non essendo la mancanza di collaborazione necessariamente un elemento sintomatico della non rieducazione del soggetto). Non sembra, quindi, che il legislatore abbia inteso seguire le indicazioni sviluppate dalla (prima) Commissione Palazzo in materia di ergastolo ostativo.

comunicative»⁹³⁴. Un secondo profilo di intervento dovrebbe includere la previsione normativa espressa *della possibilità di imposizione di un'attività di generica utilità sociale in favore di enti o soggetti diversi dall'offeso dal reato*, altrimenti in contrasto con il principio di stretta legalità, garantito dall'art. 25, co. 2, Cost. che potrebbe estendersi – con un intervento di integrazione sull'art. 284 comma 3 c.p.p. – a consentire all'indagato/imputato agli arresti domiciliari ad allontanarsi dal luogo di fruizione anche per il tempo necessario per lo svolgimento di attività riparativa⁹³⁵.

Particolare attenzione dovrebbe, poi, essere prestata ad alcuni delicati profili, soprattutto con riguardo all'attribuzione del ruolo di mediatori (e la correlata implementazione degli Uffici di mediazione penale), che dovrebbe essere circondata da adeguate garanzie professionali (anche attraverso l'istituzione di un albo nazionale; e alla distribuzione capillare di tali figure specializzate presso ogni tribunale⁹³⁶.

Il quinto ed il sesto criterio si occupano rispettivamente di potenziare il ruolo del lavoro, in ogni sua forma, quale strumento di valorizzazione del percorso rieducativo e, allo stesso tempo, di responsabilizzazione individuale del condannato, nonché del rafforzamento dei rapporti con le associazioni di volontariato e gli uffici di esecuzione penale esterna.

Ancora, il settimo, g) *disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, nel rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari*. Nonostante una parte della dottrina abbia palesato forti perplessità in relazione all'utilizzo di mezzi

⁹³⁴ In tal senso, solo i reati senza vittima sarebbero certamente estranei alla mediazione. Cfr. GIUFFRIDA, *Contributo*, p. 211 ss.

⁹³⁵ Cfr. GIUFFRIDA, *Contributo*, p. 211 ss.

⁹³⁶ Nell'ambito dell'esecuzione intramuraria, l'obiettivo della rivalutazione delle esigenze della vittima del reato, potrebbe essere perseguito integrando la previsione contenuta nel comma 2, art. 27, d.p.r. n. 230/2000, nel senso di favorire con modalità premiali l'adesione del condannato a considerare la possibilità di risarcimento alla persona offesa ovvero di prevedere che la riflessione sulla possibilità di risarcimento del danno alla persona offesa sfoci nella predisposizione di un programma di trattamento, predisposto in esito all'osservazione scientifica della personalità, che includa obbligatoriamente anche un progetto risarcitorio. Nella medesima prospettiva, si riflette sulla possibilità di prevedere che una parte dei proventi dell'attività lavorativa svolta ai sensi dell'art. 21 ord. penit. o in regime di semilibertà siano destinati al risarcimento della vittima o conferiti a un fondo comune (ovvero ad uno speciale capitolo di spesa del ministero della giustizia) per il risarcimento delle vittime di reati. Nel caso di esecuzione *extra moenia*, una previsione di carattere generale in tema di condizioni di ammissione alle misure alternative alla detenzione potrebbe prevedere che, tra i presupposti di concessione dei benefici penitenziari, sia contemplata la predisposizione da parte del condannato, di concerto con l'UEPE, di un programma risarcitorio in favore della vittima del reato, sul modello di quanto già oggi prevede, con riferimento all'istituto della messa alla prova (art. 168-bis c.p.). La riforma dovrebbe altresì prevedere l'istituzione di un Osservatorio permanente presso il Ministero della Giustizia, che vigili sull'applicazione della giustizia riparativa e la mediazione penale e la tutela delle vittime, nel campo penale (minori, adulti, giustizia di pace). Cfr. GIUFFRIDA, *Contributo*, p. 211 ss.

audiovisivi, quali strumenti lesivi del diritto della difesa, *ex art. 24, Cost.*, altra parte ha invece salutato positivamente la possibilità di ricorrere alla c.d. “videoconferenza” per la partecipazione ai procedimenti di sorveglianza, alla luce della natura prevalentemente cartolare del rito e sempre che tale opzione non prescindia dal consenso dell’interessato e sia garantita la possibilità di conoscenza del contenuto del fascicolo in un tempo congruo prima della trattazione dell’udienza (anche introducendo scansioni temporali perentorie per il completamento dell’istruttoria), così da rendere effettiva la possibilità del contraddittorio e non indispensabile la necessità di consultazione con l’istante⁹³⁷.

Un ulteriore criterio in materia di *(h) riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio*. La riforma su tale aspetto peculiare, secondo gli esperti, dovrebbe essere guidata da un attento contemperamento tra l’esigenza di tutela del diritto alla affettività e le istanze preventive, con la prevalenza di queste ultime solamente nel caso di concreto pericolo per l’ordine e la sicurezza pubblica⁹³⁸. Particolarmente delicata è la modifica della disciplina di colloqui riservati, anche a finalità di natura sessuale, poiché dovranno essere attentamente calibrati i profili relativi alla durata dei medesimi, ai soggetti ammessi, alle misure organizzative da adottarsi in concreto. A tali fini, si propone anche di creare norme *ad hoc*, introducendo due disposizioni specifiche – applicabili a tutti i detenuti, ad eccezione dei soggetti ristretti nel regime di cui all’art. 41-*bis*, ord. penit. – dedicate, l’una alle “visite familiari”, destinate all’incontro con i congiunti (coniuge, genitori, figli); l’altra, alle “visite per la coppia”, strutturate per assolvere alle esigenze affettive dei *partners*⁹³⁹.

⁹³⁷ Cfr. *ex multis*, CESARIS, *Contributo*, pp. 251-253.

⁹³⁸ Viene, al proposito, posta in rilievo l’esigenza di una migliore organizzazione dei colloqui visivi dei detenuti con i familiari, che potrebbe realizzarsi intervenendo, anzitutto, sulla previsione dell’art. 18, co. 2 ord. penit. e sull’obbligo, che tale norma impone, di procedere al controllo continuo “a vista” nel corso dei colloqui senza trascurare una revisione della formulazione dell’art. 28 ord. penit. Sul piano organizzativo, si auspica l’applicazione del principio di territorialità, sancito dall’art. 30 reg. es. e lo sviluppo di “buone prassi” organizzative, anche mediante l’adozione della necessaria flessibilità degli orari di effettuazione dei colloqui, nonché attraverso l’adozione delle soluzioni, di natura logistica e regolamentare, che si frappongono ad una più completa fruizione della genitorialità e del diritto all’affettività, implementando la possibilità di effettuare colloqui telefonici con i minori fino a giungere – nei casi di impossibilità di contatti diretti – all’organizzazione di “visite virtuali” mediante i collegamenti audiovisivi. Cfr. *ex multis*, CESARIS, *Contributo*, pp. 251-253.

⁹³⁹ Secondo Della Bella, un modello cui ispirarsi, sotto il profilo organizzativo, potrebbe essere rappresentato dalla “stanza dell’affettività” del carcere di Milano-Bollate. Dovrebbe, inoltre, essere rivista la disciplina dei permessi c.d. “di necessità” (art. 30, comma 2, ord. penit.) per comprendere anche gli eventi familiari particolarmente significativi sotto il profilo affettivo, qualora non si intenda introdurre una nuova fattispecie di permesso per ragioni affettive eventualmente modulato anche nella forma delle

Infine, l’ultimo criterio sancisce l’*(i) adeguamento delle norme dell’ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età.*

L’attuazione del criterio direttivo dovrebbe impiersi sull’introduzione di capi formalmente autonomi, dedicati ai minori, all’interno dei titoli dell’ordinamento penitenziario che disciplinino con norme speciali tutti gli ambiti dell’esecuzione penitenziaria, evitando “perniciose interruzioni del percorso di rieducazione – anche ai condannati c.d. giovani adulti mantenendo l’attuale previsione (art. 24 d.lgs. 272/1989) che fissa a venticinque anni il limite anagrafico per l’esecuzione della pena con le modalità stabilite per i minorenni”⁹⁴⁰.

“visite familiari prolungate”, che potrebbero avere durata di almeno 24 ore, con cadenza prestabilita ed effettuate in locali adibiti a tale scopo all’interno degli stabilimenti di pena (camere con bagno e spazio soggiorno con possibilità di cucinare e mangiare insieme), senza controlli visivi e uditivi (diritto ad una visita coniugale/intima quindicinale o mensile). Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, pp. 162-167.

⁹⁴⁰ Analoghe riflessioni intravedono nella delega in esame un utile volano per l’adozione di un ordinamento penitenziario minorile concepito come sottosistema di quello degli adulti, seppure dotato di forti specificità, di forme particolari, rispondenti alle esigenze della condizione minorile, auspicando, in questa prospettiva, un intervento non limitato al settore dell’esecuzione penale e penitenziaria, che sarebbe inevitabilmente parziale e frammentario e inadeguato a correggere le profonde inadeguatezze del sistema attuale. Cfr. DELLA BELLA, *Contributo*, pp. 162-167.

Sezione II

La pena *in executivis*: la “grammatica sostanziale”

5.5. La legalità della pena *in executivis*. Il tempo delle norme esecutive.

L'efficacia immediata delle norme sopravvenute viene descritta in materia processuale con il brocardo *tempus regit actum*, essendo applicabile la legge vigente al momento del compimento dell'atto o della decisione, regola che secondo una parte della dottrina è “chiaramente entrata in crisi”⁹⁴¹. Frizione generatasi dal suggestivo confronto con il sistema di diritto penale sostanziale in cui la successione normativa, come è noto, è regolata secondo il diverso criterio del *favor rei*, ex art. 2, co. 2 ss. c.p.⁹⁴².

Le prime aperture verso il principio di diritto sostanziale si registrano già dalla seconda metà dell'Ottocento, in cui si era diffusa la convinzione che la disciplina processuale presentasse numerosi punti di contatto con le fattispecie incriminatrici, “siccome [...] non è esclusa la possibilità che anche le leggi di rito [...] contengano principii e disposizioni influenti direttamente o indirettamente sulla punizione”⁹⁴³.

La riflessione sulle connessioni esistenti, a livello di principi intertemporali, tra diritto e processo penale, si può dire che non si sia mai arrestata: con riguardo all'esegesi dell'art. 2 c.p., una parte della dottrina sostiene che tale disciplina, apparentemente dettata solo per norme penali sostanziali, ricomprenda pure quelle processuali e, segnatamente, si afferma come la formulazione del comma (3) 4 dell'art. 2 c.p. “non contiene il minimo segno atto a escluderne leggi processuali”, mancando infatti ogni riferimento diretto a norme che disciplinino reati ovvero stabiliscano la punizione⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Cfr. NOBILI, sub art. 25, co. 1, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di), Branca, *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, p. 186.

⁹⁴² Cfr., ex multis, BRICOLA, sub art. 25, commi 2 e 3, in *Commentario della costituzione*, cit., p. 284-286; LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 153 ss.; PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 1-2; ID., *Legge (IV) Legge penale: c) legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 1064-1065; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1996, pp. 115-117; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi penali in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione delle leggi* (1969) Milano, 1987, pp. 95-98.

⁹⁴³ Cfr. CHAUVEAU-HELIE, *Teorica del codice penale*, I, trad. it., Napoli, 1863, p. 18.

⁹⁴⁴ Per l'esegesi dell'art. 2 c.p., cfr. ex multis CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, I, (a cura di), Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti, Torino, 1997, p. 157 ss.; LEVI, sub art. 2, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, (diretto da), Conti, Milano, 1934, p. 72 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., aggior. da Nuvolone-Pisapia, I, (a cura di)

Secondo tale orientamento, infatti, “la formula del maggiore o minor favore del reo, che fu prescelta, s’adatta letteralmente all’ipotesi della modificazione nel regime processuale non meno che a quella del mutamento nel regime materiale del reato”⁹⁴⁵.

Un’altra parte della dottrina più moderata sosteneva come il principio del *tempus regit actum* dovesse trovare un parziale temperamento ispirato al criterio del *favor rei*, tutte le volte in cui l’applicazione della norma processuale provocasse un effetto direttamente incidente sul bene fondamentale della libertà dell’individuo, benchè “ragioni di convenienza e di equità consigliassero di regolare siffatta materia secondo le norme di diritto sostantivo, nel senso di dare la prevalenza alla legge più favorevole”⁹⁴⁶.

L’entrata in vigore della Costituzione ha notevolmente accentuato la tendenza alla “progressiva erosione” del *tempus regit actum*, fornendo spunti interpretativi che hanno condotto “ad assimilare sempre più la problematica concernente le disposizioni procedurali alla più garantita disciplina relativa alle disposizioni penali”⁹⁴⁷.

La dottrina postula l’estensione alle norme processuali del principio di irretroattività *ex art. 25, co. 2 Cost.*⁹⁴⁸. A sostegno di tale ricostruzione, si sostiene infatti che “quando il legislatore costituzionale dispone la irretroattività della legge in base alla quale taluno può essere punito, usa una formula assai più lata di quella dell’art. 1 del codice penale”: nella formulazione costituzionale si parlerebbe “di impossibilità di punire”, “questo vuol dire che sotto l’ambito della norma costituzionale cade oltre che la legge penale sostanziale, pure quella processuale, se è vero che si è puniti in forza di una legge non soltanto con riferimento al titolo per cui si è puniti ma altresì alla

Pisapia, Torino, 1981, p. 366 ss.; PICOTTI, *La legge penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, (diretta da) Bricola-Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale, I*, Torino, 1996, p. 87 ss. PULITANÒ, *sub art. 2*, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da Crespi-Zuccalà-Stella, Padova, 1992, p. 12 ss.; ROMANO B., *sub art. 2*, in *Codice penale*, (a cura di), Padovani, Milano, 1997, p. 24 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, Art., 1-84*, Milano, 1995, p. 52 ss.; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale, I*, Torino, 1940, p. 50 ss.; SEVERINO, *Successione delle leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.

⁹⁴⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Il ricorso per cassazione contro le sentenze dell’Alta Corte di giustizia è veramente escluso?* in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 82.

⁹⁴⁶ Cfr. NOBILI, *sub art. 25, co. 1*, p. 186.

⁹⁴⁷ Tra cui, cfr. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, p. 231.

⁹⁴⁸ Cfr. GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell’istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, pp. 215-216.

modalità del procedimento con cui le ragioni di punibilità sono accertate e la pena è irrogata e applicata”⁹⁴⁹.

Tali suggestioni dogmatiche si ripercuotono inevitabilmente sugli istituti processuali che presentano una forte “vocazione” sostanziale, come le condizioni procedibilità⁹⁵⁰, le cause di estinzione del reato (*in primis*, la prescrizione)⁹⁵¹, le riduzioni di pena dei riti alternativi⁹⁵² e le misure cautelari⁹⁵³.

Una parte della dottrina ha tentato di proporre una soluzione interpretativa attraverso la teoria dell’affidamento, sostenendo che «la *ratio* sottostante alla garanzia della cosiddetta “irretroattività” si fonda su un *principio di tutela dell’affidamento del singolo*, che non può essere sempre riportato ad un unico punto di riferimento temporale (ovverosia *tempus commissi delicti* ovvero *tempus regit actum*)»⁹⁵⁴. Secondo tale orientamento non sarebbe possibile individuare una soluzione comune a tutte le ipotesi processuali con incidenza diretta sulla sfera personale dell’imputato e/o condannato: per le condizioni di procedibilità, ad es., si propone di fissare la disciplina normativa al momento della commissione del fatto, risultando di conseguenza insensibile alle modifiche successive in termini peggiorative⁹⁵⁵; per tutte le altre ipotesi, invece, «il momento in cui l’affidamento viene a radicarsi potrebbero essere diversamente individuati, generalmente in istanti successivi a quello del “fatto” e stabiliti, di volta in volta, a seconda dell’attività che si compie»⁹⁵⁶.

⁹⁴⁹ Cfr. GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell’istruzione sommaria*, cit., p. 216, nonché, nella stessa direzione, LEONE G., *Il diritto penale nel tempo*, I, cit., p. 96; *contra*, CORDERO, *L’istruzione sommaria nel conflitto tra le due corti*, cit., nt 11, p. 24, in cui l’autore esprime le proprie perplessità: “non si capisce, infatti, come dal principio di irretroattività della legge sfavorevole si possa dedurre quello logicamente indipendente, di retroattività della legge favorevole. E poi perché cercare nella Costituzione ciò che essa non contiene quando per trovare quel che si cerca, basta leggere l’art. 2, co. 3 c.p.?”.

⁹⁵⁰ La classificazione delle condizioni di procedibilità è stata fortemente controversa, anche se prevale nettamente la collocazione delle stesse nella sfera processuale, cfr., in tal senso, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, 1994, pp. 699-700; BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967, p. 538; GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (diritto processuale penale): a) caratteri generali*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, p. 734.

⁹⁵¹ Cfr., *supra*, p. 34.

⁹⁵² Si rimanda alla questione dell’interpretazione in chiave sostanziale dell’art. 442, co. 2 c.p.p., interpretazione definitivamente consolidata con la pronuncia della Corte Edu, nel caso *Scoppola* (n. 2) c. *Italia*, cfr., *supra*, p. 196 ss.

⁹⁵³ Cfr., *supra*, p. 350 ss.

⁹⁵⁴ Cfr. CHIAVARIO, *Norme: d) diritto processuale penale*, cit., p. 479.

⁹⁵⁵ Cfr. CHIAVARIO, *Norme: d) diritto processuale penale*, cit., p. 479.

⁹⁵⁶ Cfr. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, p. 291.

Così anche per le norme esecutive. Come si è visto in precedenza⁹⁵⁷, numerose sono le criticità in ordine all’applicazione retroattiva dei mutamenti sfavorevoli (e alla speculare impossibilità di accedere alle modifiche più favorevoli intervenute in corso di esecuzione) sulla disciplina dell’art. 656 c.p.p. e, più in generale, rispetto a tutte le disposizioni (processuali, penali e penitenziarie) che incidono direttamente sulla pena, come, ad esempio, le misure che modificano e/o integrano la disciplina delle misure alternative e dei benefici penitenziari.

Secondo una parte della dottrina minoritaria, *le norme esecutive possono essere considerate norme sostanziali*, incidendo sui modi di privazione della libertà personale⁹⁵⁸. Tale orientamento sarebbe fondato sul fatto che il verbo “punire” enunciato nell’art. 25, co. 2 Cost. sarebbe idoneo a contrassegnare tutto ciò che viene compiuto per dare concreta attuazione ad una sentenza di condanna tanto che «la formula “nessuno può essere punito [...]” potrebbe essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso “trattamento” punitivo»⁹⁵⁹. Eventuali modifiche *in peius* attinenti al regime dell’esecuzione, sia che si concretizzino in un complessivo inasprimento del normale regime carcerario, sia che si ripercuotano sulla disciplina degli istituti risocializzanti, non dovrebbero trovare, quindi, applicazione retroattiva.

⁹⁵⁷ Cfr., *supra*, p. 360 ss.

⁹⁵⁸ Cfr. BRICOLA, *Commento all’art. 25 comma 2 Cost., in Commentario della Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24–26) (a cura di), BRANCA, Bologna, 1981, pp. 298-300. Nello stesso senso, cfr. ESPOSITO, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Arch. pen.*, 1993, pp. 139-140; PICOTTI, *La legge penale*, in *Codice penale. Parte generale*, (diretto da) Bricola-Zagrebelsky, vol. I, II ed., Torino, 1995, p. 91 ss., secondo cui le norme sull’esecuzione penale rappresentano «la massima realizzazione dell’impegno costituzionale al trattamento, al recupero del reo, alla sua rieducazione (art. 27, 3° comma Cost.)» e sono, pertanto, «da assoggettare interamente alle garanzie della giurisdizionalità e, prima ancora, della riserva di legge, della tassatività e, quindi, anche dell’irretroattività delle disposizioni sfavorevoli». Altri hanno, tuttavia, sottolineato come un limite dovrebbe comunque essere introdotto per le norme a carattere “premiale”, le quali dovrebbero comunque rimanere escluse dall’ambito delle norme di natura sostanziale, visto che «si finirebbe per riconoscere in capo a colui che si accinge a delinquere una sorta di “aspettativa” costituzionalmente garantita, a fruire di benefici o provvidenze di vario genere, purché vigenti nel momento dell’avvenuta violazione della legge penale»; (...) «Si badi, però, che queste puntualizzazioni non sottintendono una logica del “tutto o niente”»: il punto di riferimento temporale al quale rapportare il divieto di retroattività «dev’essere individuato di volta in volta, tenendo presente la fisionomia della singola situazione di affidamento», così DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 402.

⁹⁵⁹Cfr. BRICOLA, *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 279. Cfr. anche PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier, f. 1, p. 63, che ha affermato, con riferimento alla legge “ex Cirielli”, che la nuova disciplina restrittiva potrà essere applicata solo in relazione a delitti commessi dopo l’entrata in vigore del provvedimento, perché simili norme penitenziarie, appartenendo alla dinamica normativa dell’ “esser puniti”, prevedono il divieto di applicazione retroattiva sfavorevole.

L'art. 25, co. 2 Cost. deve essere necessariamente raccordato con l'art. 27, co. 3 Cost., il quale «*postula un adeguamento dell'esecuzione alla personalità del singolo reo o la necessaria trasformazione di essa in un "trattamento progressivo" insuscettibile di puntuale determinazione legislativa*»⁹⁶⁰.

A tale indirizzo si contrappone la corrente consolidata e maggioritaria, che nega da sempre la natura sostanziale delle disposizioni penitenziarie: queste ultime, non essendo norme che configurano reati o comminano sanzioni, sarebbero maggiormente idonee a rivestire una veste processuale⁹⁶¹. Si sostiene, infatti, che le norme sull'esecuzione penale soggiacciono all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, nella regola del *tempus regit actum*, in virtù del quale l'efficacia della legge coincide con la sua vigenza: «Questo postula che, una volta intervenuta una nuova legge processuale penale, lo svolgimento del processo dal momento in cui entra in vigore e che gli atti di un procedimento, iniziatosi con la legge processuale penale abrogata, manterranno il loro valore»⁹⁶².

Sul tema, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità⁹⁶³, che in numerose pronunce ha chiarito come la materia penitenziaria non appartenga alle norme penali: la Corte, infatti, sembra essere concorde nel reputare l'applicazione di sopravvenute disposizioni più restrittive, estranea al regime stabilito dall'art. 25, co. 2 Cost. e dall'art. 2 c.p., essendo tale principio riferibile unicamente alle norme penali sostanziali e non a quelle inerenti alle modalità di esecuzione della pena⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ Cfr. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279.

⁹⁶¹ Cfr. PAGLIARO, voce *Legge penale*; c) *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1067-1068, secondo cui il principio del *tempus regit actum* regolerebbe tutta l'esecuzione penale e, in particolare, l'esecuzione delle pene: «l'espressione "punito in forza di una legge" indica che il testo costituzionale si riferisce solo alle leggi la cui "forza" consiste nel creare reati e comminare sanzioni penali: perciò non anche alle leggi che statuiscono le modalità del procedimento penale».

⁹⁶² Cfr. CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1978, p. 467. Sull'operatività del principio del *tempus regit actum* con riguardo agli atti compiuti nel processo penale in conformità a norme processuali poi dichiarate incostituzionali, cfr. AMOROSO-PARODI, *Il giudizio costituzionale*, p. 385 ss.

⁹⁶³ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 5 febbraio 2013, Schirato, in CED Cass. 255310; Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, Aloï, in *Cass. pen.* 2006, p. 3963; Cass., sez. I, 17 novembre 1999, n. 6297, Brunello, *ivi*, p. 3437; Cass., sez. I, 11 aprile 1994, Di Passio, in *Mass. pen. cass.* 1994, f. 7, p. 108; Cass. sez. I, 5 luglio 1994, Gilona, in *Giust. pen.* 1995, II, c. 332; Cass., sez. I, 14 giugno 1993, Avolio, in *Cass. pen.* 1995, p. 704.

⁹⁶⁴ Cfr. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2015, p. 10.

La posizione della Corte costituzionale risulta invece ambigua: “La questione è stata, per la verità, spesso rifuggita dalla stessa Corte, la quale, con atteggiamento elusivo, non si è mai pronunciata in modo chiaro sulla natura delle norme penitenziarie (o più in generale esecutive), evitando, di fatto, di prendere posizione sull’applicabilità dell’art. 25 comma 2 Cost.: la possibilità di considerare applicabile il principio di irretroattività anche alle norme sull’ordinamento penitenziario non è mai stata esclusa, ma neppure ammessa dalla Corte delle leggi, sottraendosi così dal pronunciarsi sulla compatibilità di tali disposizioni con il principio costituzionale della irretroattività delle norme penali”⁹⁶⁵.

A ben vedere, tuttavia, l’evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale ha registrato, in diverse occasioni, una presa di posizione indiretta circa il rapporto tra il principio di irretroattività della legge penale con il finalismo rieducativo, concludendo come l’art. 27, co. 3 Cost. imponga un generale divieto in capo al legislatore di “provocare, attraverso mutamenti legislativi, una vanificazione *ex post* degli sforzi compiuti dal singolo condannato per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione”⁹⁶⁶: in tale prospettiva, si può dire che risulta consolidato *il principio della*

⁹⁶⁵ Cfr. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 2722 ss. In tal senso anche Zagrebelsky, il quale riporta un passo dell’orientamento ondivago della Corte costituzionale “nella Corte, allora, mancavano tre giudici. Attorno al tavolo ovale sedevano in dodici. In caso di parità era previsto che prevalesse il voto del presidente (art. 16, terzo comma della legge n. 87 del 1953). Si stava per l’appunto configurando la divisione della Corte in due parti uguali, sei a sei, e il presidente stava dalla parte del relatore, il quale era dunque ad un passo dal vedere il successo della sua tesi. Andò a finire così? No, andò a finire diversamente, perché nacque un caso di coscienza. Data la prospettiva di un voto che avrebbe diviso la Corte così nettamente, la proposta del relatore fu ritirata e la questione fu decisa in modo tale da lasciare impregiudicata la scelta tra le due interpretazioni dell’art. 25 della Costituzione. Restò per il momento *res integra*, poiché si preferì guardare a un tempo a venire, quando forse sarebbe potuta maturare una decisione più largamente condivisa, da assumere con maggiore tranquillità”. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, pp. 17 ss. Cfr. altresì GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.* 2002, pp. 296 ss. Sul punto si è espresso anche tema un altro Presidente emerito della Corte costituzionale, Valerio Onida, il quale aveva osservato che “finora la Corte ha sempre eluso il problema”, riportato in D. STASIO, *Il Sole 24 ore*, 22 dicembre 2005, p. 16.

⁹⁶⁶ Cfr. VALENTINO, *Esclusioni “eccellenti” in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, cit., p. 12. Per un riferimento alle principali pronunce costituzionali richiamate in sintesi, cfr. Corte cost., 8 luglio 1993; Corte cost., 11 dicembre 1995, n. 504; Corte cost. 16 dicembre 1997, n. 445 e Corte cost. 14 aprile 1999, n. 137. 28 Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51, in *Giust. pen.* 1985, I, c. 132. Cfr. anche MINNELLA, *Il “bonus” della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in *Arch. pen.*, 2014, f. 3, p. 7 ss.; Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2009, Cavallo, in CED Cass. 244830.

progressività di trattamento a favore del detenuto (in un'ottica di affidamento preventivo dello stesso all'applicabilità della norma di favore)⁹⁶⁷.

Il necessario ripensamento dei rapporti intercorrenti tra l'art. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., secondo una lettura costituzionalmente orientata, dovrebbero condurre la giurisprudenza ad adottare l'orientamento dottrinale (ad oggi, ritenuto minoritario) che riconduce all'interno dell'alveo dell'art. 25, co. 2 Cost. (funzionale all'attuazione del finalismo rieducativo in esecuzione) tutte quelle norme, che, a prescindere dalla loro collocazione tecnica-normativa, penale, processuale e penitenziaria, incidono direttamente sulla libertà individuale del condannato: anche laddove, non si volesse seguire tale ricostruzione, il principio processuale del *tempus regit actum* dovrebbe, in ogni caso, trovare un contemperamento nel principio generale dell'art. 13 Cost. in materia di privazione della libertà personale e non consentire forme di detenzione, al di fuori dei casi *non più* previsti dalla legge⁹⁶⁸.

Ulteriore ancora potrebbe essere rinvenuta ragionevolmente nella giurisprudenza sovranazionale intorno all'art. 7, § 1 Cedu, nonché in relazione all'art. 49, § 1 della Carta europea dei diritti fondamentali e, più in generale, a fronte dell'unanime riconoscimento del principio di irretroattività esteso alle norme processuali (perché inesistente la rigida separazione disciplinare e metodologica, tipica italiana) nel panorama internazionale⁹⁶⁹.

Come si è avuto modo di precisare, in forza del combinato disposto dei *dicta* delle pronunce *Scoppola* (n. 2) *c. Italia* e *Contrada* (n. 3) *c. Italia*, è possibile affermare che il principio di legalità di matrice convenzionale abbia un raggio di operatività più ampio (rispetto al parallelo art. 25, co. 2 Cost.)⁹⁷⁰, comprendono sia le situazioni di origine processuale sia di natura sostanziale: si potrebbe obiettare che, all'interno

⁹⁶⁷ Cfr. Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, in *Giust. civ.* 2006, I, c. 2289.

⁹⁶⁸ Cfr. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, cit., pp. 11-12, in cui l'autrice ribadisce che "Soltanto un'interpretazione della Corte costituzionale circa il corretto raccordo tra l'art. 25 comma 2 e l'art. 27 comma 3 Cost. potrebbe individuare il *discrimen* a partire dal quale una disposizione penitenziaria di nuova introduzione sia idonea a dispiegare i propri effetti".

⁹⁶⁹ Cfr., *supra*, p. 50 ss.

⁹⁷⁰ Più ampi perché si tiene conto dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto specifico dell'inclusione all'interno del principio di legalità, anche delle norme processuali. Sulle norme esecutive, come abbiamo visto, la Corte procede con cautela, anche in ragione della presenza all'interno del sistema Cedu, di ordinamenti che costruiscono l'esecuzione in termini prevalentemente amministrativi (*id est*: Germania): ciò nonostante, la Corte riqualifica in termini sostanziali tutte le norme processuali e/o esecutive che incidono sensibilmente sulla pena, da un punto di visto quantitativo o qualitativo.

dell’art. 7 Cedu, non si via traccia così come nell’art. 25, co. 2 Cost. di riferimenti a norme processuali, né a norme tecnicamente punitive⁹⁷¹.

Il punto di forza del principio di legalità è rappresentato proprio dall’evoluzione fornita dalla giurisprudenza della Corte Edu, come nel precedente, già citato, *Del Rio Prada c. Spagna*, con cui – come già si è avuto modo di anticipare⁹⁷² – la Corte di Strasburgo sancisce il divieto di applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale del *Tribunal Constitucional* sfavorevole al condannato, c.d. “dottrina Parot”, rispetto alla concedibilità in esecuzione di pena del beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo*, ponendo un importante tassello alla *querelle* in esame, da cui poter trarre delle riflessioni conclusive.

Laddove, infatti, il condannato abbia “maturato” le condizioni per accedere alla misura alternativa piuttosto che a un determinato beneficio penitenziario, secondo i requisiti imposti dalla norma penitenziaria, sia di tipo formali (ma soprattutto dal punto di vista contenutistico, con l’avvenuta “partecipazione” al programma trattamentale) risulterebbe contrario nella dimensione convenzionale, in termini di impossibilità per il soggetto di prevedere e di conoscere soggettivamente il mutamento peggiorativo, avendo egli fatto affidamento sulla normativa vigente (verosimilmente) al momento della richiesta; da un punto di vista interno l’irretroattività della norma più sfavorevole minerebbe un eventuale esito positivo del percorso rieducativo, con patenti ricadute negative anche in termini special-preventivi.

5.6. La retroattività della *lex mitior*. Bilanciamento degli interessi: certezza del diritto o certezza dei diritti?

Medesime riflessioni potrebbero essere svolte anche con riferimento al principio speculare della retroattività della *lex mitior*. Come si è già argomentato, il *leading case Scoppola* (n. 2) *c. Italia* ha notevolmente contribuito a mutare il tessuto normativo

⁹⁷¹ Tale critica viene mossa da una parte della dottrina che nega un’interpretazione estensiva dell’art. 25, co. 2 Cost. comprensiva anche del dato processuale: si critica, in particolar modo, l’eccessivo garantismo dell’ancorare anche la norma processuale al momento della commissione del fatto di reato, al pari della norma sostanziale. Cfr. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 200 ss., per il quale invece in base alla teoria dell’affidamento sarebbe invece più opportuno differenziare a seconda dell’istituto processuale coinvolto.

⁹⁷² Si veda, *supra*, p. 375 ss.

interno dell'art. 2, co. 2 c.p., in cui si colloca classicamente la questione della retroattività delle norme penali nel tempo *in favor rei*⁹⁷³.

Il principio di retroattività *in mitius* ha, infatti, trasformato le sue sembianze dopo la sentenza *Scoppola* ed è assunto al rango di diritto fondamentale dell'uomo, ricavabile dal principio di legalità convenzionale *ex art. 7 Cedu*⁹⁷⁴.

Ciò risulta preminente chiarire è se oggi sia possibile sostenere che, attraverso il parametro dell'art. 117, co. 1 Cost., il principio di irretroattività della *lex mitior* contemplato nell'art. 7 Cedu risulti non bilanciabile in quanto diritto fondamentale⁹⁷⁵.

I principi che si ricavano dall'art. 7 Cedu, letti in combinato disposto con l'art. 15, co. 2 Cedu postulerebbero un'inderogabilità in assoluto, neanche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione⁹⁷⁶.

Dall'analisi delle pronunce della Corte costituzionale in materia di conflitto tra norma interna e norma convenzionale, già peraltro esaminate, emerge come, per quanto

⁹⁷³ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 78-79. In tal senso, cfr. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012, p. 2005 ss.; MANACORDA, *Carta europea dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2392 ss.; DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?* in *Dir. pen. cont.*, p. 12 ss.

⁹⁷⁴ Cfr. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 1173 ss., il quale osserva che la nuova quotazione del principio di retroattività favorevole dell'uomo ha un significato importante anche per il legislatore: i diritti fondamentali infatti “non sono più solo un baluardo in negativo contro il rischio dell'invasività liberticida della sanzione penale, ma implicano una pretesa nuova e cioè che la libertà e la personalità dell'individuo non abbiano a subire limitazioni e pregiudizi senza ragione”. Cfr., in tal senso, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., nt. 86, p. 79.

⁹⁷⁵ Cfr. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., p. 7, in cui precisa che comunque resta sempre aperta, in teoria, la strada dei “contro limiti” nella misura in cui la Corte costituzionale ritenga di dover rifiutare l'interpretazione proposta da Strasburgo, perché contraria a Costituzione. In senso difforme, invece, VALENTINI, *Diritto intertemporale penale*, cit., pp. 221 ss., secondo il quale il principio di retroattività favorevole resta ponderabile con gli altri principi e non può essere considerato come assolutamente incondizionato, giacché esso è comunque derogabile tanto nel sistema comunitario quanto in quello convenzionale (nel quale nessun diritto fondamentale, neppure il divieto di tortura è inderogabile e assoluto). Più in generale, in dottrina, cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Napoli, 2008, p. 282 ss., nonché GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., nt. 90, p. 80.

⁹⁷⁶ Da più parti in dottrina, si è sottolineato il ruolo preminente della giurisprudenza sovranazionale, evidenziando che: “il peculiare meccanismo disegnato dalla Cedu istituisce di fatto la Corte europea come giudice di ultima istanza di materia di diritti fondamentali, con la conseguenza che le sue decisioni avranno comunque la possibilità di imporsi contro eventuali resistenze da parte delle giurisdizioni nazionali [...] insomma ignorare la giurisprudenza di Strasburgo significa, per i giudici italiani, né più né meno che esporre lo Stato italiano a condanne, magari assai costose per il contribuente italiano”. Cfr. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., p. 637 ss., nonché MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen*, cit., p. 430 ss.

riguarda i diritti fondamentali e, quindi, anche la retroattività della *lex mitior*, la disciplina giuridica applicabile dovrebbe essere quella che assicura la maggiore protezione; e pertanto quando la disciplina della Cedu assicura una protezione più intensa rispetto a quella offerta dalla Costituzione, la Corte costituzionale dovrebbe far proprio quel livello di tutela più intenso offerto a livello sovranazionale.

Emerge, inoltre, che la tutela dei diritti fondamentali, pur se garantita dalle norme Cedu, qualora incida su altri diritti fondamentali o interessi costituzionalmente protetti, non è necessariamente assoluta, ma deve essere temperata mediante una ragionevole ponderazione di interessi effettuata dal legislatore nazionale; bilanciamento che è poi soggetto all'ordinario controllo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ Si è già ampiamente argomentato, in apertura del lavoro di ricerca, del dibattito costituzionale sulle fonti. Con la sent. n. 348 del 2007 la Corte costituzionale ha infatti affermato che: “Le norme Cedu vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto della interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117 comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente contenuta in altri articoli della Costituzione. Si ricorda inoltre la successiva sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale, con cui si è affermato che il rispetto degli obblighi internazionali per mezzo dell’art. 117, co. 1 Cost. non può mai determinare un abbassamento del livello di tutela già accordata ad un diritto fondamentale dal diritto interno; ma, se è possibile, al contrario, accordare una tutela superiore, non può non essere accordata al titolare del diritto fondamentale. Per la Corte, quindi, “conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie”. Puntualizza poi la Corte che, “nel concetto di massima espansione deve essere compreso [...] il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”. La norma Cedu, quindi, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117, co. 1 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento secondo le ordinarie operazioni compiute dalla Corte costituzionale nei giudizi di sua competenza. Tenendo, inoltre, presente che la norma Cedu, quando effettivamente integra l’art. 117 Cost. assume lo stesso rango attribuito a quest’ultima, la Corte costituzionale è in ogni caso competente a verificare se la norma Cedu – che si colloca a un livello pur sempre sub-costituzionale nella gerarchia delle fonti – si ponga in contrasto con norme costituzionali: in tali ipotesi dovrà essere esclusa l’idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale dell’art. 117, co. 1 Cost. Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 82, nonché CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir. Annuali*, VI, Milano, 2011, pp. 407 ss., SOTIS, *La “mossa del cavallo”*, cit., p. 502, in cui l’autore distingue il concetto di margine di apprezzamento da quello nazionale di bilanciamento: il primo è un concetto di matrice convenzionale, il restante di origine comunitaria. I due concetti per l’autore hanno una differente base di giudizio; “mentre il margine di apprezzamento si aggancia ad indicatori labili, come il consenso sociale e normativo, il margine nazionale di bilanciamento trova la sua misura in un parametro molto più affidabile e razionalizzabile: il carattere fondamentale di un diritto costituzionale, così come ricostruito dai giudici nazionali”. A complicare ulteriormente il quadro delle fonti, come si è già riportato in precedenza, non si può non considerare l’incidenza delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, con l’equiparazione a fonte primaria della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che, ai sensi dell’art. 49, co. 1 si esprime sul principio di retroattività della *lex mitior*. Come si è detto, anche in materia di *ne bis in idem*,

In tale quadro, si colloca la sent. n. 236 del 2011, in cui la Corte costituzionale, chiamata a giudicare la legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 3 l. n. 251/2005, con cui si è introdotto un limite alla applicabilità retroattiva dei nuovi termini di prescrizione più favorevoli al reo: con tale pronuncia si è escluso che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua inclusione tra le garanzie sancite dall'art. 7 Cedu, oltre a fargli acquisire autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche facendolo divenire assoluto ed inderogabile.

Resterebbe, quindi, ancora possibile dopo la sentenza *Scoppola*, in presenza di particolari e valide ragioni giustificative, l'introduzione di limiti e deroghe alla regola retroattiva *in mitius*⁹⁷⁸.

Ciò allo stato degli atti. Ma si deve anche prendere atto di come lo *status* costituzionale della retroattività della norma penale più favorevole debba avere come punto di riferimento, non solo i principi costituzionali interni, ma anche l'art. 7 Cedu attraverso l'intermediazione dell'art. 117 Cost., nei limiti in cui però il principio della *lex mitior* sia stato riconosciuto dalla Corte europea e, quindi, con riferimento esclusivo alla successione di disposizioni che definiscono reati o incidono direttamente sulla qualità della pena⁹⁷⁹.

ai sensi dell'art. 50 della Carta, l'efficacia diretta delle disposizioni della Carta non è tanto poi così pacifica, non tanto in punto di *an*, su cui non si discute, quanto sull'ambito di operatività di tali disposizioni. Se, inoltre, l'applicabilità diretta della disposizione convenzionale sembrerebbe risolutiva per le situazioni che ineriscono agli interessi di materia comunitaria, consentendo al giudice ordinario di disapplicare la norma interna incompatibile, non lo è per la generalità dei casi, ovverosia nelle materie di non competenza degli interessi comunitari, laddove la medesima situazione (afferente ad interessi meramente interni) non troverebbe la medesima tutela, non essendo allo stato della giurisprudenza costituzionale possibile operare un giudizio di convenzionalità diffuso (anche se, di fatto, in alcuni casi si è giunti in sostanza ad avallarlo).

⁹⁷⁸ Cfr. Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; orientamento confermato anche successivamente dalla Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, la quale ha ribadito che il principio della retroattività *in mitius* non ha carattere assoluto e dunque in presenza di particolari situazioni può subire delle deroghe. In senso critico, cfr. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole*, cit., p. 3052, secondo cui la Corte costituzionale nega il carattere innovativo della sentenza Scoppola, a dispetto dell'espresso *overruling* con essa compiuto, riscrivendo in pratica la sentenza della Corte europea "all'interno di una partita tutta giocata in termini di rapporti fra Corti". Si veda, anche MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 160, per cui la Corte costituzionale avrebbe non solo un atteggiamento di chiusura verso le innovazioni prospettate dalla sentenza Scoppola per ragioni di tenuta del sistema, ma altresì un vero e proprio arroccamento che si è tradotto in una "rigorizzazione del tradizionale bilanciamento a cui sono soggette le deroghe alla garanzie in rilievo". Non solo. SOTIS, in *"La mossa del cavallo"*, cit., p. 490, sostiene come la Corte nella pronuncia n. 236 del 2011 finisca per confermare l'impostazione della sentenza Scoppola: per l'autore infatti l'argomentazione della Corte costituzionale è tesa a "mettere da parte la sentenza Scoppola senza tuttavia contraddirla".

⁹⁷⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 84.

Come è stato correttamente affermato, infatti, «le norme europeo-costituzionali, infatti, *penetrano* il tessuto sub-costituzionale attraverso gli artt. 11, 117 Cost. e, prima ancora di paralizzare l'applicazione (*ex art. 11 Cost.*, salvo “controlimiti”) o rendere giustiziabile per incostituzionalità (*ex art. 117 Cost.*, Salvo “contro limiti allargati”) la contrastante disciplina domestica, *s'impongono al giudice interno quali parametri ermeneutici*. Se, fra tutte le possibili interpretazioni della disciplina nazionale, va preferita quella conforme alle indicazioni comunitarie e/o convenzionali e, se entrambi i sistemi sovranazionali riconoscono e garantiscono un diritto-principio di retroattività favorevole, è del tutto consequenziale che quegli *inputs* sovranazionali s'insinuino nelle larghissime maglie delle regole *ex art. 2, co-2-4 c.p.*, convincendo il giudice comune a prediligere la soluzione ermeneutica che *attua* (o *amplifica*); anziché quella che *disconosce* (o *comprime*) il diritto (*sub*) costituzionale alla retroattività della modifica *in mitius*. In altre parole, gli artt. 11 e 117 Cost. dotano il diritto-principio di retroattività favorevole di una copertura costituzionale aggiuntiva rispetto a quella *ex art. 3 Cost.*»⁹⁸⁰.

Principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* è il punto di riferimento interno per il riconoscimento a rango costituzionale del principio in esame: la prevalente dottrina individua, infatti, il fondamento costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior* nel principio di uguaglianza⁹⁸¹. Si sostiene così di salvaguardare l'esigenza della parità di trattamento tra fatti dello stesso tipo realizzati prima o dopo l'entrata in vigore della nuova norma più favorevole: diversamente “si punirebbe, o si punirebbe più severamente una persona per un fatto che chiunque altro, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, può commettere impunemente o con conseguenze più miti”⁹⁸². Questa è l'impostazione adottata, in sostanza, dalla Corte costituzionale con la sent. n. 394 del 2006 con cui, nell'ammettere il controllo di costituzionalità in *malam partem* sulle c.d. norme penali di favore, dichiara costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3 Cost., una disposizione incriminatrice che stabiliva un trattamento più benevolo⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Cfr. VALENTINI, *Diritto intertemporale penale*, cit., p. 247.

⁹⁸¹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 267, nonché CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione*, vol. I, cit., p. 189; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 86; NAPPI, *Guida al codice penale, parte generale*, Milano, 20008, p. 15; PULITANÒ, *Retroattività favorevole e lo scrutinio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 946.

⁹⁸² Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268.

⁹⁸³ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4127 con nota di MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non*

Con tale pronuncia si esamina anche la questione della retroattività della legge penale *in mitius*, sostenendo come il suo fondamento costituzionale sia da rinvenire nel principio di uguaglianza, il quale “impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi sono stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”⁹⁸⁴.

La Corte, inoltre, precisa che, essendo i fatti realizzati prima e dopo l’entrata in vigore della norma penale favorevole, essi sarebbero identici solo nella loro materialità, ma non sul piano della “rimproverabilità”⁹⁸⁵.

Il principio in esame è connesso, quindi, ad una “concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complesso tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la reazione alla commissione di fatti offensivi, quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete dalla coscienza sociale, *reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena*”⁹⁸⁶.

Si tratta di un sindacato di ragionevolezza fondato sul controllo di *eguaglianza-disparità*, che rende necessario il ricorso ad uno schema di giudizio a struttura trilaterale; con una norma assunta come *tertium comparationis*, presa a paragone per stabilire se sia ragionevole la diversa disciplina prevista per la norma impugnata (c.d. valutazione di *eguaglianza-ragionevolezza*)⁹⁸⁷.

Un altro orientamento invece farebbe riferimento ad un diverso paradigma interpretativo/metodologico: al suo interno, si annovera la sent. n. 215 del 2008, con cui la Corte costituzionale ritiene costituzionalmente illegittimo l’art. 1, co. 547 l. n. 23 dicembre 2005, n. 266, nella parte in cui stabilisce che, per le violazioni di cui all’art. 110, co. 9 d.p.r. 18 giugno 1931, n. 733, commesse in data antecedente all’entrata in vigore della legge di depenalizzazione, si applicano le sanzioni penali previste al tempo

abbastanza) le “zone franche”, in *Dir. e giust.* 2006, n. 46, p. 30; con nota di MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*; in *Cass. pen.* 2007, p. 449, con nota di GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*. Più in generale, cfr. SOTIS, *il diritto senza codice*, cit., p. 148 ss.

⁹⁸⁴ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, cit.

⁹⁸⁵ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, cit.

⁹⁸⁶ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, cit., nonché Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 87.

⁹⁸⁷ Cfr. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, cit., p. 320.

delle violazioni stesse⁹⁸⁸: la norma dichiarata incostituzionale, nel trasformare in illecito amministrativo le fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo con apparecchi vietati, disponeva contemporaneamente *l'applicazione ultrattiva* della legge vigente al momento del fatto alle violazioni commesse in epoca antecedente alla novella, così derogando al principio della retroattività della *lex mitior*⁹⁸⁹. Secondo tale concezione, a fondamento del principio in esame non vi starebbe né la garanzia del *favor libertatis* – che assicura al cittadino il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento del fatto e quello previsto da leggi successive – né il principio di uguaglianza.

Il criterio della *ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore*: in presenza di più principi o interessi di rilevanza costituzionale coinvolti nella questione, è necessario che il legislatore operi un bilanciamento ragionevole tra di essi perché, pur trattandosi di principi o interessi riconosciuti a livello costituzionale, nel caso di specie essi non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati⁹⁹⁰.

È evidente, quindi, come il controllo sull'*eguaglianza-disparità* di trattamento si effettui sulla base di uno schema di giudizio a struttura triangolare; mentre il *sindacato di ragionevolezza in senso stretto* ne prescinde, trattandosi di un tipo di “irragionevolezza intrinseca” della scelta legislativa⁹⁹¹.

Prescindendo, perciò, dal ricorso di un *tertium comparationis*, tale ultima tecnica di giudizio ricava la regola di decisione dalla ponderazione di principi costituzionali

⁹⁸⁸ A ben vedere, in tale filone giurisprudenziale, possono essere collocate altresì Corte cost. n. 393 del 2006, n. 72 del 2008. Cfr., sul punto, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 89.

⁹⁸⁹ Per un riferimento più approfondito alla pronuncia in esame, cfr. Corte cost. 18 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2399, con nota di GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*.

⁹⁹⁰ Cfr. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 990; MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, tomo II, *La ragionevolezza nell'interpretazione e nel sindacato di costituzionalità*, (a cura di), Cerri, Milano, 2007, p. 241 ss.; DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, p. 85; DAMIANI, *Le disposizioni transitorie. Studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge penale nel tempo*, Padova, 2008, p. 7, secondo cui “nei sistemi assiologicamente caratterizzati gli ordinamenti devono di necessità perseguire la ragionevolezza non solo delle disposizioni di diritto temporale”.

⁹⁹¹ Il legislatore infatti compie delle scelte legislative che traduce in normativa: l'esercizio della funzione legislativa comporta necessariamente un bilanciamento tra principi costituzionali che positivizzano valori e implicano diritti e interessi costituzionalmente protetti. Quando, tuttavia, la ponderazione sia compiuta nel senso di far prevalere un principio piuttosto che un altro, senza aver rispettato la corretta gerarchia di valori e di interessi in gioco, interviene la Corte costituzionale per riequilibrare il bilanciamento legislativo. La tecnica del *balancing test* ha ad oggetto proprio il bilanciamento degli interessi effettuato dal legislatore, al fine di verificare se si tratti di leggi ragionevolmente fondate. Cfr. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 275.

rivali, disponendoli in una *relazione gerarchica temporanea e contingente* tra principi o valori costituzionali concorrenti: «La tecnica del cosiddetto “bilanciamento” consiste nell’accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior “peso”, ossia un maggiore “valore” rispetto all’altro»⁹⁹².

È dunque possibile individuare due momenti essenziali: (1) la fase preliminare della *perimentazione degli interessi in conflitto*, in cui i giudici costituzionali identificano gli interessi o i valori che si contrappongono nel singolo caso sulla base della disciplina legislativa e costituzionale; (2) la seconda fase si verifica, solo laddove il *bilanciamento degli interessi* risulti esatto: la ponderazione ha come scopo quello di stabilire un ordine di priorità tra gli interessi contrastanti in una determinata ipotesi. Il bilanciamento è sempre *ad hoc*: la Corte risolve il conflitto individuando la regola di preferenza per le circostanze concrete del caso (così come proposte all’attenzione della Corte sulla base dell’ordinanza di rimessione)⁹⁹³.

Vi sono casi, tuttavia, in cui il conflitto di interessi risulta ad una prima indagine ricognitiva meramente apparente perché, ad es., (a) gli interessi individuati in sede di perimentazione vengano ritenuti privi di interferenza reciproca nel caso concreto oppure (b) gli interessi contrapposti non abbiano il medesimo rango costituzionale⁹⁹⁴. Avendo avuto, quindi, esito negativo, il *test di ragionevolezza* dovrebbe determinare la Corte ad anticipare alla prima soglia la conclusione del giudizio di costituzionalità⁹⁹⁵.

Applicando la tecnica del *balancing test* alle norme esecutive, si possono svolgere alcune considerazioni circa la potenziale applicabilità del principio della retroattività della *lex mitior* e verificare se vi siano delle ragioni costituzionalmente confliggenti per impedirne un’estensione in esecuzione.

Gli argomenti contrari ad un suo possibile riconoscimento potrebbero essere individuate (1) nel principio dell’*intangibilità del giudicato*, inteso quale istituto direttamente funzionale alla tutela della certezza del diritto (nella dimensione oggettiva, stabilità dei rapporti giuridici, e soggettiva, stabilità del *decisum* contro la perpetuazione

⁹⁹² Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 92.

⁹⁹³ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 94.

⁹⁹⁴ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 98, nonché MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268.

⁹⁹⁵ Cfr. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 281. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 267, nonché CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione*, vol. I, cit., p. 189; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 86; NAPPI, *Guida al codice penale, parte generale*, cit., p. 15; PULITANÒ, *Retroattività favorevole e lo scrutinio di costituzionalità*, cit., p. 946.

dell'accusa penale nei confronti del singolo per la medesima fattispecie, cfr. *ne bis in idem*) e della presunzione di non colpevolezza; (2) ragionevole durata del procedimento esecutivo.

Le ragioni poste invece a fondamento di una soluzione favorevole potrebbero essere rinvenute, principalmente, in tre ordini di fattori: (1) principio di legalità, *ex art.* 25, co. 2 Cost. unitamente al finalismo rieducativo, così come reinterpretato, secondo le considerazioni svolte sopra circa il principio di irretroattività della legge penale *in peius*⁹⁹⁶; (2) la finalità rieducativa della pena, *ex art.* 27, co. 3 Cost.; (3) il principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost. nella misura in cui si vieta la discriminazione irragionevole tra situazioni uguali.

La premessa preliminare di un discorso in tal senso è data dall'adesione ad una qualificazione sostanziale delle norme processuali e/o esecutive che incidono in modo diretto sulla pena (da un punto di vista quantitativo o qualitativo), in conformità all'orientamento di una parte della dottrina – ad oggi ritenuto ancora minoritario – ma in continua progressione, anche in ragione del contesto sovranazionale ed internazionale, orientato in tale direzione⁹⁹⁷.

Di fronte, quindi, ad un mutamento normativo favorevole per il detenuto in corso di espiazione di pena ed in assenza di una disposizione di diritto transitorio

⁹⁹⁶ Cfr. MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, p. 479 ss., nonché DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 85; DAMIANI, *Le disposizioni transitorie. Studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge penale nel tempo*, cit., p. 7; MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, cit., p. 214.

⁹⁹⁷ Cfr., *supra*, p. 280 ss.; si richiama ancora una volta la parte di dottrina che giustifica la riconduzione delle norme processuali ed esecutive nell'alveo di tutela dell'art. 2, co. 2 c.p. ss. tramite il principio costituzionale dell'art. 13 Cost., ancor prima che dell'art. 25, co. 2 Cost.: “La prescrizione costituzionale, proclamando in via generale l'inviolabilità della libertà personale, attribuisce certamente natura eccezionale alla disciplina della custodia cautelare”. Cfr. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 505-506. In senso analogo, cfr. GROSSO, *La carcerazione preventiva tra “emergenza” e costituzione*, in *Giust. pen.*, 1983, c. 531-532. In forza di tale principio costituzionale, quindi, «se ne dovrebbe quanto meno desumere che, nel caso di successione di leggi, le nuove norme contra libertatem non potrebbero incidere negativamente sulle situazioni detentive già in corso alla data della loro emanazione. Più precisamente, per quel che concerne la tematica dei termini massimi di custodia preventiva, il principio dell'art. 13, co. 1 Cost., sembra offrire argomento per sostenere l'esistenza in capo all'imputato detenuto di un diritto alla scarcerazione come “diritto quesito” sulla base della disciplina dei termini vigenti all'epoca dell'inizio della detenzione». Così, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 505-506. Sulla base di tale argomentazione è stata proposta anche una lettura congiunta del co. 1 dell'art. 13 Cost. e del successivo, co. 2, in forza del quale la privazione della libertà personale è consentita solamente nei casi e nei modi previsti dalla legge, facendo emergere, secondo la dottrina, un vincolo a favore del reo di predeterminazione del trattamento punitivo non solo definitivo ma anche interinale: è necessario, infatti, che “il reo sappia, al momento della commissione del fatto, qual è il trattamento, non solo definitivo ma anche interinale, che l'ordinamento riserva alla libertà personale dell'autore del fatto”. Cfr., sul punto, Trib. di Padova, uff. di istruzione, 3 maggio 1980 cit. in MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, cit., nt. 109, p. 214.

oppure in forza di una chiara posizione del legislatore che inibisce l'applicazione retroattiva della normativa favorevole, la legittimità di una soluzione contraria all'estensione di favore al detenuto dovrebbe superare la verifica di un bilanciamento di valori costituzionali ad essa conforme.

Iniziando dagli interessi costituzionalmente idonei a sostenere tale argomentazione, si ricorda, come già in precedenza, si sia argomentato per confutare le teorie dogmatiche che vorrebbero identificare nel giudicato penale un valore costituzionale.

Come si è affermato, infatti, il giudicato non trova una piena copertura costituzionale, ma rappresenta un meccanismo normativo all'interno della logica processuale, data dal binomio irrevocabilità/esecutività, che il legislatore ha ritenuto più idoneo per conseguire ulteriori principi costituzionali, quali, *in primis*, la certezza del diritto e la presunzione di non colpevolezza. L'istituto del giudicato svolge pienamente tale funzione costituzionale in relazione all'accertamento processuale della responsabilità penale dell'imputato: a eccezione infatti delle ipotesi di revisione (anche nella peculiare forma di revisione "europea") e dell'impugnazione dei provvedimenti definitivi della Corte di cassazione, oggi impugnabili ai sensi dell'art. 625-*bis* c.p.p., nonché dei provvedimenti definitivi inficiati da una violazione processuale in materia dei procedimenti *in absentia*, ex art. 625-*ter* c.p.p., il giudicato "copre" il *decisum*, assicurando sia il rispetto della presunzione di non colpevolezza, che si realizza solamente con la sentenza definitiva e la certezza del diritto, sia nella dimensione oggettiva per i consociati sia nella dimensione soggettiva per il singolo imputato, in materia di *ne bis in idem*. Principi costituzionali, quindi, perfettamente garantiti dal giudicato sull'accertamento, il quale, in esecuzione non viene minimamente ridiscusso: ciò di cui si discute è, invece, unicamente il trattamento sanzionatorio.

Come si è visto, inoltre, il fenomeno della pena è interessato necessariamente da un giudicato "aperto" e su un *iter* procedimentale fisiologicamente flessibile, che porta con sé, per una piena realizzazione del percorso trattamentale rieducativo, di un mutamento costante e di una verifica perdurante del rispetto della conformità della risposta punitiva alla caratterizzazione del singolo detenuto.

L'unico principio a "diretta" copertura costituzionale potrebbe essere identificato, quindi, nella ragionevole durata del procedimento esecutivo, laddove,

aderendo all’orientamento maggioritario della dogmatica processualistica, si voglia estendere, anche con se con i dovuti adattamenti, il portato costituzionale del “giusto processo” di cui all’art. 111 Cost. e, segnatamente, il principio della ragionevole durata del processo.

L’interrogativo a cui occorre trovare una risposta è se dinanzi all’esigenza costituzionalmente protetta di assicurare un procedimento esecutivo in termini ragionevoli possa risultare prevalente rispetto all’istanza altrettanto costituzionale del finalismo rieducativo: quest’ultimo infatti permea l’intera fase esecutiva della pena sia nella sua riconduzione all’interno del principio di legalità, *ex art. 25, co. 2 Cost.*, secondo una moderna visione della pena flessibile ed individualizzata sul singolo detenuto, sia sotto il profilo del principio di uguaglianza, laddove vieta che due situazioni uguali vengano trattate diversamente⁹⁹⁸.

Si potrebbe argomentare sulla rilevanza costituzionale della soluzione favorevole all’estensione del principio della retroattività della *lex mitior* alle norme esecutive (ritenute sostanziali) anche per il tramite del diritto di difesa, *ex art. 24, co. 2 Cost.*, il quale – come già detto trova piena copertura anche e, soprattutto – in fase esecutiva.

La realizzazione del diritto di difesa in sede esecutiva si rivela infatti di fondamentale importanza in virtù delle questioni estremamente tecniche in essa trattate: la possibilità di far valere in esecuzione i segnali positivi della partecipazione al percorso trattamentale raggiunti piuttosto che gli esiti migliorativi che l’estensione della misura potrebbero provocare sulla situazione concreta del detenuto (a parità di requisiti “maturati” dallo stesso al momento del mutamento normativo favorevole) rappresentano senza dubbio dei punti a favore verso un’idea di esecuzione il più vicino possibile ai principi di equità e giustizia sostanziale, ai quali si stanno appellando tutti gli sforzi

⁹⁹⁸ Immaginando infatti la situazione di un detenuto che abbia già maturato tutti i requisiti sostanziali, in ordine alla sua positiva partecipazione al percorso trattamentale, per accedere a un dato beneficio penitenziario e/o misura alternativa ed il mutamento normativo a lui favorevole sui requisiti formali imposti dalla misura gli venga preclusa a parità di un soggetto condannato con sentenza definitiva, il quale non sia ancora stato raggiunto dall’ordine di esecuzione e, pertanto, in attesa dell’inizio dell’esecuzione, senza aver intrapreso un percorso trattamentale perché non ancora affidato al circuito penitenziario, al quale invece andrà applicata la norma più favorevole verrebbe da rilevare una patente violazione del principio rieducativo, non tanto sotto il profilo formale, quanto dal punto di vista contenutistico, atteso che il suo esito verrebbe minato proprio nei confronti del soggetto che più ha manifestato un’adesione positiva ad esso e concesso al soggetto che, al contrario, senza alcuna partecipazione, potrebbe ipotecare, allo stato libero, un beneficio penitenziario a cui accederà in esecuzione.

esegetici degli esperti del settore, a partire dalle conclusioni degli *Stati generali dell'Esecuzione penale*.

Al di là, quindi, di una presa di posizione circa la qualificazione in termini sostanziali delle norme processuali e/o esecutive che incidono sulla pena, quali, in *primis*, si ricordi il dibattito sull'art. 656 c.p.p. nonché sulla liberazione anticipata speciale, *ex art.* 4 d.l. n. 78/2013, la questione sembra potersi risolvere anticipatamente quale conflitto apparente di valori costituzionali contrapposti, nella misura in cui atteso un riconoscimento del valore della ragionevole durata del procedimento esecutivo, i confliggenti principi costituzionali letti sotto la prospettiva del finalismo rieducativo, *ex art.* 27, co. 3 Cost. dovrebbero essere considerati prevalenti e, quindi, non dovrebbero sussistere sufficienti ragioni per considerare legittima costituzionalmente una soluzione che neghi l'applicazione retroattiva di una misura alternativa e/o di un beneficio penitenziario in esecuzione; medesime considerazioni valgono anche in caso di assenza di una disposizione transitoria che consenta espressamente l'estensione della disciplina favorevole, nonostante il granitico orientamento contrario della giurisprudenza maggioritaria in fatto di norme esecutive.

5.6.1. Il limite del giudicato all'art. 2, co. 4 c.p.: possibile superamento?

Ritrosie applicative che potrebbero essere dettate proprio dalla tradizionale divisione normativa, nonché concettuale, delle ipotesi di retroattività della *lex mitior*, graduate dal legislatore a seconda del raggio di operatività tra *abolitio criminis* e successione di leggi meramente modificative nel tempo, la prima implicante il travolgimento anche del giudicato e, quindi, pacificamente applicabile in esecuzione, per espressa volontà del legislatore; la seconda applicabile limitatamente al processo di cognizione, essendo preclusa ogni sua attuazione in sede esecutiva, atteso l'inequivocabile limite del giudicato, *ex art.* 2, co. 4 c.p.

Anche se la dottrina tradizionalmente si è espressa per enfatizzare la differenza concettuale sottesa alle due ipotesi talmente pregnante da giustificare dal punto di vista trattamentale una differenza così significativa, si deve evidenziare come nella prassi la differenza tanto difesa poi sfumi in situazioni pressoché sovrapponibili.

Secondo autorevole dottrina, in presenza di un’*abolitio criminis*, “il grado di rilevanza dell’interesse è altissimo, in quanto il mutamento di valutazione normativa è netto in termini di liceità/illiceità del fatto [...] in caso di successione meramente modificatrice *in melius*, il cambiamento di valutazione è meno radicale, nel senso che non tocca il nucleo fondamentale delle valutazioni dell’lecito/illecito, ma tipo e misura della reazione punitiva: il grado di rilevanza degli interessi tutelati dalla *lex mitior* è direttamente proporzionale alla consistenza del mutamento nel trattamento sanzionatorio”⁹⁹⁹. In presenza di ipotesi abolitive di incriminazioni, riconducibili al comma 2 dell’art. 2 c.p., il canone di retroattività della *lex mitior* ha uno statuto costituzionale fortissimo, assimilabile a quello del principio di legalità/irretroattività delle leggi penali sfavorevoli, *ex art. 25, co. 2 Cost.*: “l’incompatibilità della nuova con la vecchia valutazione non sembra lasciare spazio alla possibilità (nemmeno transitoria) di recupero della vecchia disciplina”¹⁰⁰⁰.

In realtà, nella prassi, le ultime vicende giurisprudenziali hanno evidenziato un chiaro avvicinamento delle varie ipotesi fino a farle confluire (quasi) interamente sotto l’ombrello di copertura degli artt. 2, co. 2 c.p., 30, co. 4 d.l. n. 87/1953 e sul piano processuale dell’art. 673 c.p.p.: non è sfuggita, infatti, all’analisi già proposta, la similitudine tra la *ratio* della declaratoria della norma incriminatrice con quella non incriminatrice, che, sul piano degli effetti, è stata ricompresa proprio nel combinato disposto delle disposizioni citate.

Dal punto di vista sovranazionale, infatti, la dottrina maggioritaria ha risolto la *querelle* circa le conseguenze sul piano interno della declaratoria di incompatibilità della norma interna per effetto della pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea con una forma sui “*generis*” di *abolitio criminis*, una sorta di *tertium genus* tra la tipica *abrogatio* del co. 2 dell’art. 2 c.p. e la declaratoria di illegittimità

⁹⁹⁹ Cfr. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4121 ss., nonché SCIACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen. web*, 2013, 1/2013, p. 3 ss.; PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1174.

¹⁰⁰⁰ Cfr. PULITANÒ, *Principio d’uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 212; ID., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 199 ss. Sul tema delle deroghe, cfr. SCIACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, cit., p. 5; MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, p. 479 ss.

costituzionale: tale soluzione è stata giustificata sulla base dell'identità degli effetti giuridici prodotti dal fenomeno abolitivo assimilabile a quelli dell'*abolitio criminis*¹⁰⁰¹.

Medesimo ragionamento che si è tentato di proporre sul piano processuale con riferimento all'estensione dell'operatività dell'art. 673 c.p.p., quale norma più idonea a risolvere, attraverso le sue maglie, le varie ipotesi di antinomie normative.

Le somiglianze tra le due discipline si sovrappongono ulteriormente con il co. 3 dell'art. 2 c.p., una ipotesi "ibrida", assimilabile sul piano degli effetti all'*abolitio criminis* di cui al comma precedente, quanto alla disciplina al comma successivo in materia di mera successione temporale di più leggi penali. Ipotesi "spartiacque", collocata "maldestramente" al legislatore al co. 3 dell'art. 2 c.p., subito dopo l'*abolitio criminis*, anziché dopo il co. 4 dell'art. 2 c.p., quale ipotesi speciale derogatoria della disciplina della successione temporale di leggi modificatrici. Introdotta, infatti, con l'art. 14 della l. n. 85/2006, modifiche in materia di reati d'opinione, la regola derogatoria stabilisce l'applicazione retroattiva della nuova legge più favorevole al condannato quando la condanna "a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria"; designando chiaramente con l'espressione "condanna a pena detentiva" una sentenza definitiva ed irrevocabile: in tale ipotesi quindi si ha la conversione automatica della pena detentiva nella corrispondente pena pecuniaria"¹⁰⁰².

Competente a decidere della conversione, è il giudice dell'esecuzione, all'interno del procedimento d'esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p.: la trasformazione della pena detentiva inflitta deve inoltre avvenire immediatamente, secondo quanto stabilito nel co. 3 dell'art. 2 c.p., sottolineando con forza l'assenza di discrezionalità per il giudice dell'esecuzione in sede di conversione della sanzione. Se la pena detentiva non è stata ancora eseguita, il pubblico ministero non può quindi emettere l'ordine di

¹⁰⁰¹ Cfr., *in primis*, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 22 ss.

¹⁰⁰² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 94. In senso analogo, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, cit., p. 113; ID., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 280; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 156 ss.; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 198; ID., *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 212 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 381; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, p. 248 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, p. 117; VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 ss. Per un'analisi comparatistica, cfr. SCOLETTA, *Principe de retroactivité favorable et illegittimité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in Apatero-Martín, *European Criminal Law: An Overview*, 2010, p. 337 ss. È invece favorevole alla riconducibilità del principio ex art. 2, co. 4, c.p., all'art. 25, co. 2, Cost., ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 208 ss.

esecuzione della sentenza per disporre l'ordine di esecuzione della sentenza per disporre la carcerazione del condannato, *ex art. 656 c.p.p.*, ma deve richiedere la giudice dell'esecuzione di “convertire” la sanzione detentiva in pecuniaria; tale richiesta compete anche all'interessato e/o al suo difensore. Laddove, invece, l'esecuzione sia ancora in corso, la conversione avviene in sede di incidente di esecuzione, con consequenziale scarcerazione del detenuto¹⁰⁰³.

Modifica del co. 3 dell'art. 2 c.p. salutata con favore dalla dottrina, nella misura in cui “se è vero che il fatto continua a rimanere penalmente illecito, è parimenti vero che la modifica rilevante del trattamento sanzionatorio non può rimanere priva di effetti anche dopo il giudicato. Pena la irragionevolezza manifesta della disciplina medesima”¹⁰⁰⁴. Secondo la dottrina, infatti, “non si riuscirebbe a giustificare il diverso trattamento penale di chi ha commesso lo stesso fatto prima della modifica del trattamento sanzionatorio previsto dalla relativa fattispecie rispetto a colui che lo commette dopo”¹⁰⁰⁵: il travolgimento del giudicato verrebbe percepito come logica conseguenza alla “nuova valutazione dell'ordinamento, procedendo alla conversione della vecchia pena detentiva nella nuova pena pecuniaria”¹⁰⁰⁶. Ipotesi speciale di successione di leggi penali nel tempo (cfr. art. 2, co. 4 c.p.), equiparata sul piano degli effetti giuridici all'*abolitio criminis*: precisata la *ratio* in tal senso (in termini di ragionevolezza circa l'opportunità di mantenere il giudicato, quale discrimen della punibilità), non si comprende la scelta normativa di differenziare l'ipotesi di cui al co. 3 rispetto alla regola generale di cui al comma successivo. La *ratio* infatti è la medesima sotto il profilo del principio di ragionevolezza: risulta palesemente irragionevole la differenziazione tra le due ipotesi nella misura in cui anche il mutamento del trattamento sanzionatorio, all'interno del *genus* pena detentiva, può determinare una riduzione (e/o cambiamento qualitativo) della pena, indice di un ripensamento di

¹⁰⁰³ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 93. Una posizione particolare è assunta da ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 2, Vol. I., Milano, 2004, p. 69, il quale, pur riconoscendo la valenza del principio della retroattività della legge sfavorevole, non riconosce operatività alcuna al principio della retroattività della *lex mitior* rispetto a norme processuali.

¹⁰⁰⁴ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 93. In tal senso anche DE VERO, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, (a cura di) De Vero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale* (diretto da) Palazzo-Paliero, Torino, 2010, p. 60, nonché ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 57; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 309 ss.

¹⁰⁰⁵ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 93.

¹⁰⁰⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 93.

politica criminale tale da giustificare il travolgimento del giudicato (come ad es., il passaggio dalla pena detentiva temporanea in luogo dell'inflizione dell'ergastolo).

La non ragionevolezza della scelta normativa risulta tanto più ingiustificata se si effettua un (minimo) confronto con il panorama comparato: ad uno studio infatti dei sistemi giuridici stranieri emerge un'evidente estraneità della differenza (tipica dell'ordinamento italiano) tra le diverse ipotesi di incidenza della legge più favorevole nel tempo (*id est: abolitio criminis*, mera successione di leggi modificatrici nel tempo, *etc.*), prevalendo, invece, una soluzione uniforme in cui, al di là della dicitura specifica utilizzata, vige un'identità di conseguenze¹⁰⁰⁷.

In tale ottica, si iscrive l'ordinamento tedesco, il quale prevede ai sensi del co. 3 dell'art. 2 c.p. l'obbligo per il giudice di applicare retroattivamente la *lex mitior* entrata in vigore dopo la commissione del fatto, senza ulteriormente specificare se si intenda con ciò un'*abolitio criminis* od un mero fenomeno di successione di leggi modificatrici (nel testo, si indica semplicemente il concetto di *mildeste Gesetz*): l'indifferenziazione delle due ipotesi troverebbe conforto nella parallela disposizione processuale, *ex* § 354a StGB per cui si impone, in ogni caso, "di tener conto anche al momento dell'esecuzione della condanna della mitigazione legislativa intervenuta dopo di essa, quand'anche definitiva, non riconoscendo pertanto il limite del giudicato" che, ad oggi, *de iure condito*, condiziona il co. 4 dell'art. 2 c.p.; medesima soluzione adottata anche nel codice penale spagnolo, che prevede sempre la possibilità di revoca del giudicato in caso di mutamento legislativo successivo¹⁰⁰⁸.

Prendendo, quindi, le mosse dalle soluzioni comparate e aderendo sostanzialmente a quella parte di dottrina che tenta di ricondurre ad univocità le varie

¹⁰⁰⁷ Diversamente, invece, in linea con la scelta normativa italiana, si collocano il codice penale portoghese, *ex* art. 2, nonché il codice danese, ai sensi dell'art. 3. Per un approfondimento in tal senso, cfr. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, p. 28.

¹⁰⁰⁸ Per un approfondimento, cfr. FORNASARI, *Il principio di legalità*, cit., p. 27. Soluzione peculiare adottata anche dall'ordinamento francese, il quale, ai sensi degli artt. 112-2 del codice penale prevede una disciplina alquanto articolata, prevedendo, da un lato una sostanziale indifferenziazione sul piano delle diciture delle varie ipotesi abolitive, prescrivendo, però, dall'altra il limite del giudicato per tutti i casi di legge favorevole successiva. Interessante, inoltre, la peculiarità contenuta nell'art. 112-3 per cui si sancisce l'irretroattività delle norme processuali relative alla natura, ai casi di ammissibilità ed ai termini delle impugnazioni; ai sensi dell'art. 112-4 si prevede poi l'eventuale applicazione immediata di una nuova legge non ha effetti sulla validità degli atti compiuti in conformità alla precedente. Secondo la dottrina, quindi, "si deduce che il legislatore francese opera importanti distinzioni all'interno delle norme processuali, per talune delle quali dunque non opera automaticamente il *tempus regit actum* (senz'altro in riferimento all'esecuzione delle pene ed al regime delle impugnazioni)". Cfr. FORNASARI, *Il principio di legalità*, cit., p. 27.

ipotesi di incidenza della legge favorevole successiva della pena, all'interno della più ampia categoria di “fenomeno abolitivo”¹⁰⁰⁹, gioverebbe ipotizzare, *de iure condendo*, la modifica del co. 4 dell'art. 2 c.p., che potrebbe essere attuata anche mediante un intervento additivo della Corte costituzionale in tal senso (come del resto, è stato auspicato in più occasioni dalla dottrina e, segnatamente, di recente con riferimento all'incidenza del mutamento legislativo in materia di sostanze stupefacenti¹⁰¹⁰) oppure, in forza di un ripensamento complessivo della disposizione di cui all'art. 2 c.p., con una sostanziale armonizzazione delle diverse ipotesi ivi elencate: si avrebbe, in luogo dell'attuale disciplina, un'unica disposizione in materia di leggi più favorevoli successive, che, sul piano degli effetti, consentirebbero al giudice in sede d'esecuzione di revocare il giudicato, ai sensi dell'art. 673 c.p.p.¹⁰¹¹.

In tal modo, si avrebbe una chiusura lineare ed armonica del sistema processual-penalistico in materia di antinomie normative sopraggiunte in corso di espiazione pena, dopo la formazione del giudicato.

Ragioni ostative nel supportare tale tesi non appaiono convincenti, nella misura in cui si valorizzi la portata concettuale del principio di ragionevolezza: sul piano dei principi costituzionali, inoltre, verrebbe a ripristinarsi un corretto equilibrio in termini di equità tra coloro che beneficiano del mutamento normativo più favorevole, perché non ancora assoggettati ad una pronuncia di condanna definitiva e chi, al contrario, non può beneficiarne per il passaggio in giudicato¹⁰¹². Ragionando ancora in termini di *balancing test*, prevalenti dovrebbero risultare le istanze difensive costituzionalmente tutelate ai sensi dell'art. 24, co. 2 Cost., nella misura in cui sia consentito all'interessato e/o al difensore di far valere il trattamento sanzionatorio più favorevole sia prima sia

¹⁰⁰⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 35 ss.

¹⁰¹⁰ Cfr. *ex multis* BIN L., *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7/8, p. 2944 ss.

¹⁰¹¹ In tale prospettiva si potrebbero risolvere tutte le antinomie giuridiche sopravvenute incidenti nella pena, le quali, quindi troverebbero soluzione per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 2 673 c.p.p., così come rivisti, *de iure condendo*. Di fatto, a tale via, già è giunta la dottrina nonché la giurisprudenza laddove ammettono l'intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena: ciò che manca all'attuale dibattito è l'individuazione di un'univoca soluzione che si concretizzi sia sul piano sostanziale sia processuale in un unico *modus operandi* (revoca del giudicato e rideterminazione della pena, laddove l'antinomia in questione lo consenta).

¹⁰¹² Laddove il passaggio in giudicato della sentenza di condanna potrebbe essere anche determinato da fattori esterni, connessi alle strategie difensive, alla celerità dei procedimenti penali, fortemente differenziata a seconda della realtà locale; da meccanismi, in ogni caso, esterni ed indipendenti dalla situazione oggettiva del detenuto.

dopo il passaggio in giudicato, anche nell'ottica del finalismo rieducativo, *ex art. 27, co. 3 Cost.*¹⁰¹³.

5.7. La funzione della pena. Il finalismo rieducativo.

Inserirsi nel dibattito sulla funzione della pena è un'operazione complessa quanto rischiosa¹⁰¹⁴.

Come insegna la riflessione di Ronco, gli approcci metodologici ad uno studio scientifico della pena sono essenzialmente di due tipi: “Una prima modalità di

¹⁰¹³ Legare il tema del giudicato alla funzione della pena diviene fondamentale. In ragione delle numerose vicende che si sono susseguite nel corso degli ultimi anni, si può affermare come sia attualmente in atto un progressivo riavvicinamento verso la funzione special-preventiva della pena, diretta al potenziamento del finalismo rieducativo in esecuzione di pena. Il rafforzamento di esigenze special-preventive non si coglie solamente in corso di espiatione della pena (terreno naturale della sua affermazione) quanto anche in sede processuale, se non addirittura nella fase preliminare, pre-condanna, grazie all'introduzione del nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, *ex artt. 168-bis c.p.*: la *ratio* special-preventiva dell'istituto, del resto, è stata affermata a più riprese da parte della dottrina, cfr., *in primis*, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 661. Sostenere, quindi, la naturale configurazione “aperta” e flessibile del giudicato sulla pena comporta necessariamente l'adesione ad un concetto di pena spiccatamente orientato alla realizzazione del finalismo rieducativo: non un comando definitivo ed immutabile (*id est*: non una pena immutabile), bensì un insieme di prescrizioni “cucite” sul singolo condannato, la cui attuazione è inevitabilmente destinato a mutare a seconda del divenire del rapporto esecutivo instaurato tra Stato/detenuto, in forza del grado di partecipazione di quest'ultimo all'“offerta rieducativa” predisposta lungo il percorso trattamentale dall'amministrazione penitenziaria, in collaborazione con la componente giudiziale (giudice e pubblico ministero), nonché gli esperti del sociale. Ammettere quindi che il nostro ordinamento si stia muovendo (anche per fatti contingenti, come le sollecitazioni della giurisprudenza sovranazionale, soprattutto *post Torreggiani*) verso il potenziamento di istanze special-preventive significa avallare uno stato di incertezza ed ineffettività (in termini di disomogeneità tra la previsione astratta – il dispositivo di condanna e la pena eseguita) che, da una parte si rivela inevitabile, per il solo fatto di calare la previsione concreta nel processo e dal processo all'esecuzione; dall'altra, si rivela un'occasione importante per riflettere non tanto sulla funzione della pena *tout court*, quanto sulla sua stessa collocazione all'interno delle dinamiche processuali (ossia sulla pena giudiziale, così DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2013, p. 1162 ss.). Se, infatti, si assiste ad uno sbilanciamento verso l'esecuzione della pena, diviene fondamentale individuare dei meccanismi processuali/penalistici in grado di ri-equilibrare e ri-ponderare le varie istanze sottese al diritto penale, (*id est*: prevenzione generale, retribuzione letta in termini garantistici di proporzione ed istanze special-preventive).

¹⁰¹⁴ Così come riportava EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Brescia, 1990, p. 11, la vera e propria *quaestio* non si individua tanto nell'esegesi delle singoli fini della pena, quanto piuttosto del loro combinarsi e calarsi all'interno della teoria della pena: la difficoltà di prendere un'espressa posizione all'interno del dibattito dogmatico sulla pena comporta, secondo l'autore, il rischio di una definitiva rinuncia all'obiettivo di configurare, *de iure condendo*, una politica criminale razionale. L'opportunità di discutere intorno al tema della pena e della sua fenomenologia potrebbe invece rappresentare un nuovo impegno di progettualità. Riflessioni riproposte nuovamente in EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Silente poenologi in munere alieno!*, cit., p. 57, nonché ID., *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 493; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, *ivi*, 2002, p. 76.

accostamento vorrebbe trarre dalla pena, come essa si presenta nella sua concretezza, di coercizione applicata e di sofferenza inflitta al colpevole del reato, gli indici sintomatici del suo significato”; una seconda, invece, “vorrebbe trarre direttamente il senso della pena dall’ipotesi di funzione che le si attribuisce”¹⁰¹⁵. In altri termini, per l’autore, “al primo livello si scandaglia *ciò che la pena è nell’esperienza che si offre all’osservatore disinteressato*; al secondo livello si approfondisce *ciò che la pena dovrebbe essere*, alla luce della funzione che l’operatore, il consulente di politica criminale o lo scienziato di diritto penale vorrebbero che svolgesse”¹⁰¹⁶.

Il dibattito storico-filosofico sulla pena si è sempre snodato lungo momenti in cui maggiore è stata l’attenzione alla dimensione ideologica, “a fare dell’idea astratta e generale” della pena “lo strumento per la destrutturazione e/o la ricostruzione

¹⁰¹⁵ Cfr. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, p. 5, nonché FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di), Vassalli, Napoli, 2006, p. 132, in cui l’autore ribadisce l’importanza di effettuare un’opportuna distinzione tra scopi e fini della sanzione penale, da un lato, e sue funzioni, dall’altra.

¹⁰¹⁶ Cfr. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 5; ID., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137; ID., *Una proposta per la riqualificazione di senso della pena riabilitativa*, in (a cura di) Pavarini, *Teoria della pena e della scienza penalistica*, cit., p. 51. Cfr., altresì, PAVARINI, voce *Pena*, cit., in cui l’autore precisa come il dibattito sulla pena sia sempre stato interessato dalla dimensione del “dover essere”, per cui «ne consegue che la stessa storiografia penale è prevalentemente costituita dalle idee che filosofi e giuristi, dalla civiltà greca a oggi, hanno espresso rispondendo al quesito “perché punire?”. Per un approfondimento, cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di), Gianni Francioni, con le edizioni italiane del “Dei delitti e delle pene” di Luigi Firpo, Milano, vol. I, dell’Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria diretta da Luigi Firpo. Un interessante riproposizione del pensiero di Beccaria si coglie all’interno del lavoro di Ronco, il quale unisce la concezione di Beccaria al filosofo Voltaire: nel pensiero di Beccaria infatti due sono i concetti rilevanti su cui fondare la *teoria della pena*: prevenzione e proporzione. Secondo l’autore, lo scopo del diritto penale risiederebbe nell’esigenza di proteggere l’interesse comune contro le insidie di ciascun membro; per l’esecuzione di tale compito si deve ricorrere anche a mezzi durevoli e tangibili, onde togliere all’individuo lo spirito avido di dominio ed evitare che la società precipiti nel *caos* antico. Il diritto punitivo deriva quindi dalla concessione della libertà che il cittadino ha compiuto”. Cfr. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 25. Ciò che supera la misura di tale concessione è “abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto”. La pena giusta (secondo giustizia) è quella determinata dallo scopo di assicurare l’utilità sociale; né la sofferenza di un essere sensibile, né la distruzione del reato che c’è già stato possono essere il fine della pena, ma solamente “[...] d’impedire il reo dal fare nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali”. Cfr. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 25. Secondo Beccaria, quindi, il punto di partenza non è il corpo del reo, quanto il suo animo: “Quella forza simile alla gravità, che ci spinge al nostro bene essere, non si trattiene che a misura degli ostacoli che gli sono opposti. Gli effetti di questa forza sono la confusa serie di azioni umane: se queste si urtano scambievolmente e si offendono, le pene, che io chiamerei ostacoli politici, ne impediscono il cattivo effetto senza distruggere la causa impellente, che è la sensibilità medesima insuperabile dall’uomo, e il legislatore fa come l’abile architetto di cui l’ufficio è di opporsi alle direzioni rovinose della gravità e di far cospirare quelle che contribuiscono alla forza dell’edificio”. Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 41-42. La conclusione, per Beccaria, è di prediligere quel tipo di pena che “farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo”. Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 55. Cfr., altresì, sul punto, CATTANEO, *Il diritto come valore e il problema della pena*, (a cura di) Scarpelli-Tomeo, *Società norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, 1984, p. 167 ss.

dell'esistente storico"¹⁰¹⁷, ad altri in cui, invece, la questione dello scopo è stata messa – come dice Pavarini – “tra parentesi”¹⁰¹⁸. Alle critiche mosse ai penalisti per un'eccessiva cura delle questioni legate *all'essere della pena*, Pavarini ricorda come «il penalistico dogmatico a ragione ha potuto opporre il “*Silète poenologi in munere alieno!*”¹⁰¹⁹». Se si condivide l'idea per cui la dimensione *dell'essere* non debba inficiare eccessivamente *il dover essere della pena*, quest'ultimo per essere veramente considerato la dimensione “reale” ed “effettiva” della pena deve necessariamente indicare una concreta e possibile via percorribile¹⁰²⁰.

Una “possibilità realisticamente percorribile” è stata individuata, a seconda della corrente di pensiero dominante, di volta in volta, nella funzione retributiva, nell'istanza general-preventiva nell'accezione negativa o positiva, in esigenze (special-preventive) costituzionalmente orientate verso il finalismo rieducativo¹⁰²¹: il loro reciproco combinarsi o il prevalere di una prospettiva rispetto alle altre si è manifestato nel corso del tempo, secondo forme che “riflettono non soltanto una logica interna al sistema penale, ma anche le linee di tendenza del più generale contesto politico sociale e culturale di riferimento”¹⁰²².

Si è soliti suddividere la trattazione delle teorie sulla pena in due macro categorie: vi sono, da una parte, le dottrine c.d. *assolute*, che ritengono che si punisca *quia peccatum est*, concentrandosi soltanto sul male commesso con il fatto delittuoso;

¹⁰¹⁷ Si ricordi la posizione di una parte della dottrina, per cui “*la spiegazione della pena è fondamentalmente politica*”, a differenza della teoria del reato, la quale presenterebbe un grado di razionalità costruttiva più coerente ed evidente. Così, cfr. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., pp. 1167-1168.

¹⁰¹⁸ Cfr. PAVARINI, in *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11, in cui l'autore precisa infatti che: “Nel divorzio tra filosofia del diritto penale e scienza dogmatica del diritto penale i fini della pena finirono per non appartenere alle preoccupazioni della scienza penalistica in senso stretto”. Per un approfondimento, per tutti, cfr. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara 1978, p. 8 ss.; FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 464; GUZMÀ DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici* (ed. it. a cura di), FORNASARI-CORN, Università degli Studi di Trento, 2009, pp. 4-6; ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Torino, 1988, p. 76 ss.

¹⁰¹⁹ Cfr. PAVARINI, in *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11.

¹⁰²⁰ Cfr. PAVARINI, in *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11.

¹⁰²¹ Cfr. PAVARINI, in *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11.

¹⁰²² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 684, nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 13, il quale ricorda come sarebbe “una reazione istintiva, non reazione determinata dall'idea dello scopo, contro atti diretti a turbare le condizioni di vita del singolo individuo e dei gruppi sociali già esistenti. Come azione istintiva, non avrebbe nulla a che vedere con l'etica”. L'esempio di reazione vendicativa, per eccellenza si rinviene nella letteratura classica, con Ulisse e la sua vendetta nei confronti dei Proci, nell'Odissea. Cfr., sul punto, CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

dall'altra, le dottrine c.d. *relative*, ove la punizione interviene “*ne peccetur*”, rivolgendosi alla correzione del comportamento futuro dell'autore del fatto¹⁰²³. La distinzione più rilevante interessa l'eventualità che si possa ravvisare nella pena un *quid pluris* (*id est*: scopo o utilità sociale) che vada oltre la mera componente afflittiva e punitiva insita nella pena, secondo le teorie c.d. *assolute*¹⁰²⁴.

Nell'annoso dibattito circa le funzioni della pena, nonché nell'irriducibile tensione tra concezioni preventive o finalistiche del diritto penale, l'idea retributiva individua il fondamento dello *ius puniendi* in un'esigenza di giustizia assoluta, priva di ulteriori scopi. Come ricorda il filosofo Kant: “*Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione*”¹⁰²⁵; la teoria in esame infatti afferma che: “la doverosità del punire in una situazione in cui la pena sarebbe completamente svincolata da qualsiasi funzione legata al vivere in società, all'organizzazione dell'umana convivenza”¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Cfr. SENECA, *De ira*, I, 19 “[...] *nam, ut plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeteri non possunt, futura prohibentur [...]*”, in CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara 1978, nt. 3, p. 8.

¹⁰²⁴ La distinzione fra dottrine *assolute* e *relative* si deve alla dottrina tedesca, mentre quella anglosassone conia la distinzione fra teoria *retributiva* e *utilitaristica*. In linea generale le due distinzioni corrispondono tra loro: la teoria assoluta, infatti, si preoccupa di rinvenire nella pena la sola funzione di retribuzione intesa come castigo equivalente al male commesso, mentre ove si ravvisi nella pena uno scopo relativo, questo corrisponderà all'utilità sociale, che sarà generalmente la prevenzione. Per le sfumature e le differenze tra le distinzioni si rimanda a CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, cit.; nonché GRISPIGNI, *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, cit., p. 333 ss. Per la letteratura tedesca, cfr., *ex multis*, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, cit., p. 4 ss.

¹⁰²⁵ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, ed. VIII, 2013, p. 738 ss. Si ricorda, inoltre, la vera essenza della funzione retributiva, per cui secondo Bettiol, la pena “trae la sua forza etica e la sua giustificazione dal fatto di essere espressione di quella esigenza naturale viva nel cuore di ogni uomo e operante in tutti i settori della vita morale, per la quale al bene deve seguire bene e al male deve seguire male”. L'idea retributiva, quindi, non esclude che la pena possa avere in concreto un'efficacia di prevenzione positiva nei confronti della collettività, ma di tale sfumatura l'ideale retributivo non si interessa direttamente: “La prevenzione generale potrà risultare una conseguenza del modo di essere della pena, ma non un fine, o il fine principale, della pena retributiva”. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 782 cit. in PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 13. In senso analogo, cfr. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, 1961, p. 100 ss., nonché CALVI, *Istanze criminolpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 284 ss.

¹⁰²⁶ Cfr. KLUG, *Abscheid von Kant und Hegel*, in AA. VV., *Programme für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, p. 9, nonché in termini approfonditi in MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 738, nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 13, nonché CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, (a cura di) Eusebi, *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 117 ss. La teoria kantiana si inquadra nella concezione dell'uomo come “personalità”, per cui l'uomo non può essere “usato” quale strumento per qualsiasi scopo, né trattato alla stregua di una “cosa”. Analoga sensibilità viene espressa da Hegel, il quale critica fortemente l'impostazione di Feuerbach per

L'idea della retribuzione si lega inevitabilmente a un principio etico fondamentale: “l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo al servizio dei fini di un altro”¹⁰²⁷. Soltanto la pena retributiva, fondata su una pura idea di giustizia fine a se stessa, rispetterebbe la dignità dell'uomo, considerato come soggetto morale capace di scelte libere e responsabili¹⁰²⁸. Come è noto, le radici della teoria in esame, oltre a rivolgersi ad una dimensione valoriale, si incardinano all'interno di una concezione afflittiva della pena, ossia *nella vendetta*. Modello esemplare di reazione vendicativa è dato dall'idea del *taglione*, inteso nella celebre espressione di “occhio per occhio, dente per dente”¹⁰²⁹. Tale forma rozza e primitiva esprime il principio di “giustizia”, un'esigenza di reazione commisurata all'offesa, alternativo alla vendetta indiscriminata¹⁰³⁰.

considerare l'uomo alla pari di “un cane, che debba essere tenuto sotto la minaccia del bastone”. Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 99 cit in NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, cit., p. 4 ss. Per Hegel, infatti, il diritto penale rappresenta necessariamente un'entità razionale e, segnatamente, la realizzazione dell'idea morale. Il reato sarebbe l'irrazionale negazione del diritto; la pena, in quanto negazione di tale negazione, sarebbe la positiva riaffermazione del diritto; allo stesso tempo, costituisce un diritto del reo, il quale, per effetto della pena, non viene relegato ad oggetto, ma ad essere responsabile e razionale. Cfr. altresì Cfr. KLUG, *Abscheid von Kant und Hegel*, cit., p. 38.

¹⁰²⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 740.

¹⁰²⁸ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 803: “Anche se è vero che in linea di fatto alle origini della società la vendetta era cosa normale, non è detto tuttavia che in essa debbano ricercarsi le radici della pena [...] La vendetta è retribuzione non sostenuta da un'idea morale, che si radica in un istinto”. Sulla stessa lunghezza d'onda anche MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice della moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it.*, 1988, p. 48. Per le critiche anche recenti, cfr. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione*, in *Riv. it.*, 1983, p. 914; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 61-62. Secondo l'autore risulta fallace impostare il diritto penale sullo schema concettuale della retribuzione sia per gli effetti sul sistema, nella misura in cui ancorare la gravità del fatto ad un *range* prefissato di pena “altro non costituisce, sul piano legislativo come su quello giudiziario, che un assegno in bianco – una delle formulette pigre di cui parlava Franco Bricola – idoneo a coprire l'arbitrio” dell'organo giudicante. Le ricadute negative dell'idea retributiva si percepiscono soprattutto in fase di quantificazione del *quantum* di pena rispetto alla gravità del fatto per cui si procede, secondo un'equazione per cui la pena corrisponde ad una quantità di sofferenza da infliggere con la condanna in termini matematici. Riprendendo inoltre, l'esempio di Hegel, per cui il furto di una rapa, in astratto, potrebbe essere ritenuto (dal legislatore del dato momento storico) punibile sia con una multa sia con la pena di morte, è evidente, secondo Eusebi, come la concezione retribuzionistica risulti “tributaria di bisogni non razionalmente motivabili (le c.d. concezioni neoretributive esprimono la natura autentica dell'idea di retribuzione) e, come tali, sempre suscettibili di essere neutralizzativi”. Cfr. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 63.

¹⁰²⁹ È famosa l'affermazione di Kant, per cui, anche se la società civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se, ad es., la popolazione di un'isola decidesse di separarsi e di disperdersi in tutto il mondo), l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima essere giustiziato, affinché ciascuno tocchi quanto con le sue azioni ha meritato, e l'assassinio non ricada sul popolo che non ha reclamato questa punizione, potendo esso considerarsi come compartecipe in tale pubblica violazione della giustizia. Cfr., sul punto, KLUG, *Abscheid von Kant und Hegel*, cit., p. 37.

¹⁰³⁰ Sostenitore della concezione retributiva, tra gli altri, è Ronco, il quale permea la sua teoria di una componente formente eticizzante, per cui la giustizia penale per erigersi come tale deve sempre tenere in considerazione la circostanza che oggetto della materia è l'uomo e, dunque, il condannato, che come tale non ha perduto, anche se autore di un delitto, la sua dignità e la sua razionalità: affinché possa

Nel corso dell'evoluzione storica, il binomio offesa/vendetta si è sviluppato fino ad ancorare la reazione vendicativa al concetto di proporzione o di adeguatezza¹⁰³¹: “Di fronte all'offesa, reazione giusta è quella che infligge all'offensore una reazione proporzionata all'offesa che egli ha provocato”¹⁰³². L'idea di giustizia che permea l'idea retributiva porta ad elaborare una concezione garantistica della responsabilità penale:

risultare effettiva la riabilitazione del condannato è indispensabile che la società si prenda carico (come un dovere sociale) del recupero del singolo reo. Come ricorda l'autore: “l'essenza intrinsecamente retributiva e al contempo rieducativa della pena sta nel disvelamento, efficace sia per l'autore del delitto, per tutti i membri della società, del significato ontologico della colpa, come principio foriero di separazione e di divisione degli uni rispetto agli altri in quanto pregno di capacità distruttiva del tessuto delle relazioni interpersonali”. Cfr. RONCO, *Il problema della pena*, cit., pp. 204-205; riflessioni, peraltro, riprese in RONCO, *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, in *Silete poenologi in munere alieno!*, cit., pp. 54-55, in cui ribadisce, da una parte l'indissolubile unione tra retribuzione e rieducazione, dall'altra ne specifica il rapporto: “Se la retribuzione costituisce il fondamento della pena, [...], la rieducazione ne costituisce il contenuto ontologico, nel senso che disvela al soggetto il primato del bene giuridico, mortificato nell'atto delitto, sulla libertà anomica dell'autore del fatto, che ha empiricamente distrutto il bene”. Secondo l'autore, solo l'istanza retribuzionistica è in grado di costituire un parametro di giudizio, “non un metro di misurazione perfetto, ma in qualche modo razionalmente individuabile e controllabile”. Per Ronco, quindi, “Soltanto la retribuzione è in grado di dire quali diritti e per quanto tempo questi diritti possono essere legittimamente tolti al colpevole: ciò perché la retribuzione si relaziona intimamente al tipo di fatto commesso, alla gravità concreta e al suo rapporto con il titolare del bene giuridico. In questo modo è possibile misurare, sia pure non con la misurazione del calcolo aritmetico, bensì con il calcolo qualitativo dell'equità, la pena conveniente a ogni singolo autore per il fatto concretamente commesso”. Cfr. RONCO, *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, cit., p. 54. Breve riferimento alla letteratura tedesca, rimanda necessariamente all'analisi della terminologia: se, in un primo tempo, il termine retribuzione veniva variamente inteso con le espressioni *Vergeltung*, *Repression*, *Unrechts-* e *Schuldausgleich*, etc., in, un secondo momento, si afferma il termine *Sühne* o *Sühnung*, espressioni dirette ad indicare “una generica esigenza di adeguamento della misura della pena alla colpevolezza”. Secondo un'accezione fedele al termine tedesco, *Sühne* dovrebbe invece indicare quell'atto autonomo con cui il reo si mette di fronte alla propria colpevolezza, riconosce la necessità di pena e si riappacifica con il reato. Si allude ad una sorte di autoliberazione dalla colpevolezza, intesa in senso psicologico (*Schulderlebnis*), come coscienza di aver violato certi valori e doverne rispondere dinanzi alla società. E evidente come, con tali teorie, il punto di approdo è notevolmente distante rispetto alla concezione retributiva della pena: si ha infatti una visione attiva del reo, non meramente passivo dinanzi alla pena. Si potrebbe avvicinare tale impostazione alla teoria italiana di Rocco, per cui si ha un connubio tra retribuzione e rieducazione: gli effetti pratici infatti di tale impostazione in esecuzione sono sovrapponibili alle istanze di risocializzazione. Per un approfondimento bibliografico, cfr., *ex multis*, BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, in *Programme ein neues Strafgesetzbuch?*, cit., p. 24 ss. Il punto comune di tale impostazione rispetto alle teorie “classiche” retribuzionistiche risiederebbe nella ricerca di un fondamento della pena nell'idea di giustizia, tanto che la dottrina tende ad accumunare le varie versioni retribuzionistiche sotto il comune denominatore di “teorie della giustizia” (*Gerechtigkeitstheorien*). Cfr., sul punto, PLACK, *Kriminalitätstheorien und die Psychologie des Strafrechts. Ein Beitrag zur Überwindung des Strafrechts*, in AA. VV., *Strafe und Verbrechen* (a cura di), Naegeli, 1976, p. 79 ss.; per la dottrina italiana, cfr., *in primis*, DEL VECCHIO, *Il problema del fondamento della giustizia penale e una sua possibile soluzione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 89 ss.

¹⁰³¹ Così ‘spiritualizzata’, la regola del taglione rappresenta il germe della concezione ‘retributiva’ della pena, nella riflessione etico-filosofica e religiosa, prima ancora che giuridica. Tra i più autorevoli autori della concezione etico-retributiva della pena, cfr., *ex multis*, PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, p. 1315, nonché BETTIOL, *Sulla natura del diritto penale*, in *Bettiol, Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 730; ID., *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Bettiol, Scritti giuridici*, cit., p. 739.

¹⁰³² Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 741, nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 14.

essendo la pena fortemente ancorata alla dimensione valoriale, la pena deve essere concepita come “possibilità di muovere un rimprovero eticamente fondato”, secondo il brocardo “*Nessuna pena senza colpevolezza*”: «La variante garantista dell’idea retributiva può essere riassunta, sempre a prezzo di un certo schematismo, in formule del tipo “nessuna pena senza colpa”, così da porre in evidenza che l’idea di giusta retribuzione segna la misura della reazione punitiva, e non (o non necessariamente) un suo fondamento obbligante»¹⁰³³. L’idea della *giusta retribuzione* presenta dunque un duplice volto: eticizzante da un lato, garantista dall’altro¹⁰³⁴. Da un lato vuol essere fondamento autosufficiente del potere di punire, dall’altro un suo limite¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Come ricorda Stella, oggi, la teoria retributiva non è più a fondamento teologico: “C’è voluto il preminente influsso di teologi come Barth e Rahner per farne vacillare i fondamenti e per aprire la strada a una concezione autenticamente laica del diritto penale [...] respinto il tabù retribuzionistico, ed ancorata la ragione di esistenza del diritto penale all’esigenza di proteggere i beni giuridici, ossia ad una esigenza di prevenzione generale, il pensiero teologico contemporaneo offre per chi indaghi sulla portata del principio di laicità, altri preziosi spunti di riflessione: riconoscendo per un verso che la funzione di prevenzione generale deve trovare un limite nella colpa soggettiva del reo (Gründel, Rahner); e sottolineando per l’altro verso che la pena deve servire, oltre che alla protezione di beni giuridici, alla risocializzazione dell’autore del reato”. Cfr. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA. VV., *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell’Università Cattolica*, Milano, 1977, p. 316, nonché EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 275.

¹⁰³⁴ Cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 14. Fortemente critico dell’impostazione “garantista” dell’ideale retributivo, EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 68, nonché Dolcini, per cui risulterebbe impraticabile l’idea di “ripagare” e di “compensare” il reato attraverso la pena, due categorie non necessariamente omogenee tra loro: si dovrebbe, invece, pensare ad un rapporto di proporzionalità delle due grandezze, in cui la graduazione, per specie e quantità delle pene edittali, dovrebbe riflettere una scala di gravità dei reati, parallelamente, la misura giudiziale della pena dovrebbe fissarsi, all’interno dello spazio edittale, al livello corrispondente alla posizione che il fatto concreto occupa, in ragione della sua gravità, nella gamma delle ipotesi riconducibili al tipo legale. Non si avrebbe, di conseguenza, un’ideale di giustizia commutativa, ma si perseguirebbe invece una finalità di giustizia “distributiva”. Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 132. Tale impostazione comporta però il sorgere di molteplici contraddizioni, ben evidenziati in VON LIST, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 43.

¹⁰³⁵ Bettiol sosteneva che: “la pena retributiva salva il diritto penale da ogni eccesso e garantisce i diritti fondamentali dell’uomo. Essa ha per eccellenza una funzione garantistica”. Solo l’idea retributiva, col suo aggancio a valori morali e a un criterio di giusta proporzione, sarebbe un argine contro la possibile riduzione della persona umana a strumento di finalità politiche, assunte come scopi di pratiche punitive esclusivamente ispirate a esigenze di difesa della società o dello Stato. Una concezione tutta ‘strumentale’ del diritto penale rischia di alimentare una spirale repressiva, fino a un indiscriminato “terrorismo penale”. D’altra parte, «se uno sfondo politico si vuole assegnare alla teoria della retribuzione (che necessariamente non è legata ad alcuna precisa concezione politica) è ad una concezione autoritaria dello Stato che essa va riferita, piuttosto che ad una concezione liberale». Il momento ‘autoritario’ dell’idea retributiva ha radice nel collegamento a valori obbliganti, i quali imporrebbero, di fronte a certi comportamenti, la reazione penale. Nella dottrina penalistica italiana recente, un’appassionata difesa della concezione retributiva della pena la contrappone alle teorie preventive nella forma più radicale: mentre per le concezioni relative la pena è un *malum*, che «ha bisogno, per continuare ad esistere, di trovare al di fuori di sé, in qualcosa di concretamente e fattualmente verificabile, il suo *ubi consistam*», per i retribuzionisti la pena è “un *bonum* in sé, che non necessita pertanto, al di fuori di sé, alcuna giustificazione». Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 725, nonché ID., *Colpa morale e personalità*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, cit., p. 864 ss.; ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in Bettiol, *Scritti*

Ulteriore tipo di approccio alla pena viene dalla funzione general-preventiva, in cui ruolo cardine è svolto dalla nozione di deterrenza e di minaccia legale della pena, quali tecniche finalizzate alla prevenzione (generalizzata) di fatti e comportamenti indesiderati, ritenuti cioè dannosi o pericolosi per la collettività: l’obiettivo finale del ricorso a tali strumenti è la riduzione dei reati ad un minimo socialmente tollerabile¹⁰³⁶.

Anche per la teoria della prevenzione generale, come per l’idea retributiva, i precedenti storici sono molto antichi; di rilievo è senza dubbio il modello razionalistico di “coazione psicologica” di Feuerbach¹⁰³⁷, per cui la minaccia della pena può funzionare solamente a condizione che “il male minacciato sia così grande, che il timore di esso superi il desiderio di quell’atto, che la rappresentazione del male superi quella del bene da ottenere”¹⁰³⁸. Scopo della minaccia di pena sarebbe dunque l’intimidazione, suo fondamento giuridico, la difesa¹⁰³⁹.

giuridici, cit., p. 753 ss.; ID., *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, cit., p. 937 ss. In senso analogo, M. GALLO, *Relazione*, in AA. VV., *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, cit., p. 27.

¹⁰³⁶ Cfr., *ex multis*, MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1984, nonché, in termini critici, BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005; JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976; LÜDERSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in Romano M.-Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 99 ss.; LUHMANN N., *La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento*, in Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it., Bologna, 1990, p. 81 ss.; NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in Romano M.-Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 49 ss.; PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798; PAGLIARO, *Verifica empirica dell’effetto di prevenzione generale*, *ivi*, 1986, p. 353 ss.

¹⁰³⁷ Secondo il modello psicologico, si presume che l’uomo sia un essere razionale che, prima di agire, soppesa i *pro* e i *contro* della scelta criminale: tale bilanciamento tra vantaggi e svantaggi dovrebbe essere risolto nel senso di una rinuncia al delitto, tutte le volte in cui la prospettiva di sofferenza, che si affaccia alla rappresentazione mentale anticipata della pena, superi l’attrattiva di possibili guadagni connessi all’atto criminoso (minaccia della pena come *controspinta* psicologica alla *spinta* criminosa). Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 747. In tema di prevenzione generale, cfr., altresì, MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; ID., *Prevenzione dei reati*, in Ferracuti, *Trattato di criminologia, medicina criminologica penale*, Milano, 1988;

¹⁰³⁸ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 741, nonché PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. Dir., Annali*, I, 2007, p. 895 ss.

¹⁰³⁹ In questa prospettiva viene offerta anche una coerente spiegazione della pena inflitta all’autore del delitto: la risposta punitiva mira a confermare, dopo che il delitto è stato commesso nonostante la minaccia di pena, la pretesa d’osservanza della legge, e, mostrando che il delitto ‘non paga’, a salvaguardare la credibilità e la sperata efficacia della minaccia di pena. Con le parole di Feuerbach, “una minaccia può essere efficace soltanto se il male in essa contenuto viene rappresentato come un male che si verificherà effettivamente”. Cfr. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo ed il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di Cattaneo, Milano, 1972, p. 108 ss. Cfr., altresì, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 18, nonché DE VERO, *Prevenzione generale e condanna dell’innocente*, cit., p. 990 ss.

La costruzione della nozione di pena funzionale alla realizzazione *dell'effetto deterrenza* comporta la caratterizzazione del diritto penale secondo altri principi, quale, *in primis*, il principio di legalità e di conoscibilità del precetto penale. Non solo: “Per funzionare come deterrente, la minaccia legale di pena deve essere credibile. Non solo l'applicazione delle sanzioni ai trasgressori della legge, ma già il funzionamento ‘preventivo’ del precetto trae con sé l'esigenza che vi siano apparati preposti al controllo dei comportamenti ed al *law enforcement* (ad assicurare l'applicazione della legge), così da rendere credibile (e temibile) la minaccia legale di pena. Il diritto penale, per funzionare secondo il modello della deterrenza, abbisogna di apparati istituzionali (di polizia e di giustizia) che riescano ad assicurare un certo livello di applicazione. Nessuno dei presupposti fattuali della deterrenza è assicurato dalla semplice esistenza della legge penale”¹⁰⁴⁰.

Il modello della pena costruito sulla deterrenza (c.d. prevenzione generale negativa), si contrappone con la teoria della c.d. prevenzione generale positiva, in cui lo strumento della minaccia legale non è fine a se stesso, bensì mezzo di ri-orientamento dei comportamenti dei consociati funzionale alla risocializzazione del reo¹⁰⁴¹. Oltre ad un nucleo concettuale squisitamente negativo, la dottrina evidenzia infatti come la minaccia della pena debba adempiere anche ad una funzione positiva, c.d. morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati: secondo tale impostazione, “la forte disapprovazione sociale, quale che sia la minaccia che l'inflizione della pena sono

¹⁰⁴⁰ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 741.

¹⁰⁴¹ Sul punto, inoltre, EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 68, tenta di chiarire cosa significhi sul piano degli effetti la teoria della prevenzione: in effetti a cosa serve la prevenzione? quale elemento riesce, in particolar modo, a realizzare in concreto la prevenzione? A ben vedere, non è tanto la pena di per sé, che funge da fattore determinante sul piano della deterrenza, quanto invece lo stesso processo o, quanto meno, il fatto che, tramite il processo, si intenda punire, ovvero esercitare il potere punitivo dello Stato sul singolo: “il processo penale serve per punire, in quanto ciò che fa prevenzione sarebbe proprio il punire, vale a dire l'applicazione in concreto della pena rappresentativa della gravità ascritta al fatto colpevole”. Secondo, l'autore, infatti, ciò che realmente riesce ad esplicare effetti intimidatori sulla collettività non è tanto il *quantum* di pena comminato, bensì altri e diversi “profili connessi in senso ampio al processo del tutto autonomi dall'inflizione della pena”. Si condivide tale impostazione, nella misura in cui, anche in ragione delle suggestioni *de iure condendo*, di prospettare la suddivisione del momento commisurativo in due momenti distinti, si considera il fenomeno della pena come autonomo ed indipendente dalle dinamiche proprie dell'accertamento processuale: la vera essenza del processo, infatti, non risiede nella quantificazione della pena in base a dinamiche puramente retributive, quanto piuttosto nell'accertamento della verità (processuale) rispetto ad un determinato fatto ed imputato. In una prospettiva collettiva, l'autore sottolinea la vera essenza del processo, nel “diritto di sapere la verità”, i cui destinatari non sono solo le persone offese, vittime del reato, ma anche lo stesso imputato e tutta la collettività, “che ha bisogno di sapere che cosa è successo e come è possibile che sia accaduto”. Cfr. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 68-69.

simbolo, favorisce e stabilizza l'identificazione della maggioranza dei cittadini con il sistema di valori protetto dall'orientamento giuridico”¹⁰⁴².

Alla prevenzione generale, si aggiunge, come noto, la funzione di prevenzione speciale, per cui si tende ad impedire che l'autore del reato, già resosi responsabile, torni a delinquere anche in futuro¹⁰⁴³: le tecniche per raggiungere tale obiettivo possono essere anche sensibilmente differenti tra loro; la più elementare consiste nella neutralizzazione del soggetto potenzialmente pericoloso o nell'intimidazione o ancora nella risocializzazione dello stesso, favorendone il suo reinserimento nella vita sociale¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 700, il quale precisa che: “Il timore di potere andare soggetti ad una sanzione punitiva agirebbe infatti anche inconsapevolmente, da fattore che facilita in ciascuno di noi la formazione di un Super-io, osservante i comandi della legge. Considerato dal punto di vista della collettività, il diritto penale assolve dunque una funzione di socializzazione, allo stesso modo, di istituzioni quali la famiglia, la scuola, il gruppo e la comunità”. Cfr., altresì, ANDENEAS, *La prevenzione nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 34 ss.; PACKER, *I limiti della sanzione*, cit., p. 42 ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 64; PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 5 ss.; ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 165 ss.; STELLA, *Il problema della prevenzione*, cit., p. 22 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 687.

¹⁰⁴³ Cfr., in tal senso, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154, il quale formula una propria definizione di prevenzione speciale. Secondo l'autore, tale funzione consente un riavvicinamento dell'interesse individuale e dell'interesse collettivo: «La prevenzione speciale esprime il tentativo di trarre dalla pena “obiettiva” un utile “soggettivo”»; «essa non perderebbe il proprio significato, anche se per lo stato fosse in ultima analisi indifferente che vi sia o meno recidiva», così SCHÜLER SPRINGORUM, *Strafvollung im Übergang*, cit., p. 51. La formula più adeguata per descrivere la funzione special-preventiva sarebbe rappresentata dal brocardo “*punitur ne peccet*”, in luogo di “si punisce per prevenire reati” si dovrebbe leggere: “si punisce un determinato soggetto, per far sì che quel soggetto non incorra di nuovo nella sanzione penale”.

¹⁰⁴⁴ Il legislatore non fornisce però un'indicazione gerarchica da prediligere tra le stesse modalità di realizzazione della funzione special-preventiva. Unica indicazione certa è data dall'art. 27, co. 3 Cost.: si esclude che in ordine alla rieducazione il legislatore costituente avesse inteso dare una prevalenza alla tecnica della neutralizzazione, atteso che “rieducare non significa, evidentemente, isolare il soggetto dalla società, al solo fine di mettere quest'ultima al sicuro contro ogni possibile aggressione da parte sua”. Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154. Dalla norma costituzionale emergerebbe quindi l'imperativo, per il legislatore, prima, per il giudice, poi, di prediligere le componenti positive della funzione special-preventiva, sia in termini di intimidazione sia in termini di risocializzazione. Le finalità di neutralizzazione sono quindi relegate ad un ruolo marginale: potranno infatti guidare il giudice nella scelta della pena, solo in quanto il soggetto, presentando un elevato grado di pericolosità, non appaia – ad un giudizio prognostico – insensibile ad effetti di ammonimento e di partecipazione al percorso trattamentale in esecuzione. Sul punto cfr. MÜLLER DIETZ, *Ziel und Methoden des modernen Strafvollzugs*, in *Wege zur Strafvollzugsreform*, 1972, p. 8. Il rapporto invece tra la tecnica dell'intimidazione e della risocializzazione è maggiormente controverso. Secondo la dottrina maggioritaria tale rapporto dovrebbe essere risolto in favore dell'intimidazione tutte le volte in cui l'effetto di ammonimento risulti sufficiente a garantire una futura condotta rispettosa della legge penale; quando invece tale obiettivo non sia perseguibile con il mero ammonimento, l'ammontare della pena dovrà essere commisurato con il ricorso alla risocializzazione e, quindi, con misure idonee ad incidere sulla personalità del condannato. In tale direzione, cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, cit., p. 323; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 839; EB. SCHIMDT, *Strafzweck und Strafzumessung*, cit., p. 115 ss.; ID., *Die Strafzumessung*, cit., p. 54 ss. Secondo Dolcini, invece, tale impostazione risulta fallace nella

Nel dibattito contemporaneo, tra esaltazione di istanze neo-retribuzionistiche¹⁰⁴⁵ e la pervicace difesa della funzione general-preventiva (anche nella versione c.d. allargata o integrata)¹⁰⁴⁶, la dottrina maggioritaria tende a rivolgersi al “valore”

misura in cui postula un'eccessiva fiducia nell'efficacia della pena (del mero ammonimento) a risocializzare il condannato. La risocializzazione può assurgere a fondamento della pena e a criterio finalistico della commisurazione giudiziale, solo laddove i contenuti della pena lascino intravedere una concreta possibilità di fornire un positivo aiuto al condannato verso il superamento dei fattori sociali di recidiva. Ove tale possibilità non sussista, la risposta punitiva sarà solo di tipo intimidatorio e, quindi, il giudice è chiamato ad individuare, all'interno dello spazio edittale, la pena più idonea, per il grado di afflittività, a fungere da limite al soggetto rispetto a future attività criminose. La presenza della componente risocializzante è stata criticata da una parte della dottrina, la quale ha intravisto nell'offerta di aiuto al condannato un'imposizione da parte dello Stato (autoritario) di riabilitazione: a ben vedere, in realtà, la Costituzione non aderisce alla figura autoritaria di Stato, quanto di Stato sociale il quale ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, co. 2 e 27, co. 3 Cost. è tenuto, non soltanto a predisporre un eguale trattamento di tutti coloro che abbiano commesso un medesimo reato, bensì a garantire una tendenziale eguaglianza nella attribuzione delle *chances* sociali: «Dalla norma si ricava infatti che la rieducazione non può limitarsi a creare passività e rassegnazione in chi delinque in ragione della propria condizione di “escluso”, ma viceversa deve porre le premesse perché egli possa divenire parte attiva della società». Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 176. Ulteriore obiezione mossa alla teoria della special-prevenzione consiste nel sostenere che si possa prescindere dalla colpevolezza, essendo sufficiente la sola pericolosità dell'agente (cfr., *ex multis*, ROXIN, *Franz von List und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenwurtfs*, cit., p. 53 ss.): secondo la dottrina maggioritaria, invece, anche la funzione special-preventiva richiede il limite massimo della colpevolezza, la quale non deve essere letta come compromesso rispetto alla retribuzione, quanto una connessione rispetto alla prevenzione generale. Cfr., sul punto, DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., p. 369; ID., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, cit., p. 1164; *contra*, SPENDEL, *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, cit., p. 233 ss.

¹⁰⁴⁵ Per un approfondimento delle correnti “neo-retribuzionistiche”, cfr., *in primis*, EUSEBI, *La “nuova retribuzione”*, cit., p. 914 ss.; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978; D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, p. 236; ID., *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino, 1987; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 671 ss.; MORSELLI, *La prevenzione generale nella moderna prospettiva retribuzionistica*, cit., p. 48; RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 56 ss. Oggi infatti si può parlare di retribuzione non tanto con riferimento alla prospettiva degli scopi della pena, ma quanto sul problema del perché si debba punire; in questo senso, l'idea retributiva implica il concetto di proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza. Tale implicazione si connette fondamentalmente all'ideale special-preventivo, nella misura in cui il reo avvertirebbe la pena come giusta (se proporzionata alla gravità del fatto) e, perciò, mostrerebbe maggiore disponibilità psicologica verso il processo rieducativo. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 700.; chiara esemplificazione di tale concezione può essere letta nel pensiero di Ronco così come esposto, sopra, nt. 1037.

¹⁰⁴⁶ Con riguardo, invece, alla concezione di prevenzione generale c.d. allargata, cfr., altresì, ZAFFARONI, *La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria*, in AA. VV., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* (a cura di), Gianformaggio, Torino, 1993, p. 385. Per le critiche a tale teoria, invece, cfr., *ex multis*, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 701, il quale sottolinea come, pur ammettendo la plausibilità di un'accezione positiva della prevenzione generale, come una sua legittimazione sia priva di riscontri pratici (e studi scientifici, empirici). Vi dovrebbe essere infatti, come minimo, una corrispondenza tra la disapprovazione sociale e quella legale ed un altro, già ripetuto, un buon livello di credibilità sociale dell'ordinamento. Al di là delle considerazioni sulla sua efficacia, tale impostazione rischia di tramutarsi in una rivisitazione della concezione retributiva, che troverebbe ora un nuovo fondamento, in una versione empirica, sul terreno della prevenzione. Un altro appunto, maggiormente più rilevante, consisterebbe nel rischio di sminuire e depotenziare il finalismo rieducativo, che in una tale concezione, verrebbe tralasciato a favore, invece, dalle soddisfazioni collettive dei bisogni di criminalizzazione. In senso analogo, cfr. anche ROMANO M.,

costituzionale della prevenzione speciale positiva¹⁰⁴⁷. Vi sarebbero infatti numerose ragioni “forti” e “nobili” alla resistenza della dottrina dal discostarsi dal precipitato costituzionale, di cui all’art. 27, co. 3 Cost., nella misura in cui si afferma che la special-prevenzione positiva fonda la sua plausibilità “logica” ancor prima che “politica” sulla base di una premessa maggiore: «[...] se lo Stato sociale di diritto persegue il fine della integrazione sociale, allora anche la pena deve (perché “logicamente” può) essere

Prevenzione generale e condanna dell’innocente, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, p. 990 ss.; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1996, p. 380. Altra critica di non poco conto viene mossa da EUSEBI, *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 65, nella misura in cui si evidenzia come l’enfatizzazione porti a dimenticarsi del destinatario della norme penale, che rimane, prima che la collettività, il singolo reo. In tale ottica il condannato non viene in considerazione come persona (soggetta a pena), ma come entità astratta su cui calare l’equazione matematica tra gravità del fatto e pena. In termini critici, anche DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1172, per cui si dovrebbe considerare la prevenzione generale come una funzione meramente politica e sociologica, da porre in relazione con l’intero ordinamento punitivo/criminale. Secondo l’autore, quindi, la funzione general-preventiva non può assurgere a valido ed idoneo fine tecnico/giuridico vincolante, né in sede legislativo, né giudiziale: “[...] la prevenzione generale come fine giuridico della pena applicata, viola la responsabilità per fatto proprio e il divieto di retroattività”. Diversa, invece, la posizione di EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 64, per cui invece si ritiene che la funzione general-preventiva possa conservare una sua validità concettuale e metodologica laddove venga intesa in un’ottica individuale e consensuale rispetto alla politica criminale legislativa.

¹⁰⁴⁷ Cfr. PAVARINI, in *Silete poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11. La rilevanza della funzione general-preventiva (c.d. prevenzione generale primaria) viene evidenziata da EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 64, per cui il ruolo della prevenzione giocherebbe un ruolo fondamentale in una fase *ante delictum*, nel momento in cui il reato non è stato ancora commesso: per dirsi veramente efficace sarebbe necessario un cambiamento sia di tipo educativo-culturale sia politico-sociale, in quanto “non è possibile alcuna prevenzione seria se nel contesto sociale non vengono costantemente argomentate e, dunque, mantenute vive le motivazioni di stili comportamentali antitetici a quelli criminosi, o se ci si attarda a teorizzare – negando l’essenza stessa della democrazia, segnalata dallo sforzo volto a riconoscere *insieme*, sul piano costituzionale, diritti umani fondamentali e, dunque, dalla scelta di ritenere ogni individuo vivente interlocutore morale, mai degradabile a una cosa – che nella società pluralista non sarebbe dato ricercare, proporre o perseguire alcun bene *oggettivo* e, di conseguenza, non sarebbe legittimamente formulabile alcuna indicazione assiologica della comunità alla coscienza individuale”. La prevenzione può invece risultare di fondamentale importanza, nella dinamica della pena, laddove la si legga in termini di *prevenzione-consenso/convinzione*: secondo Eusebi, infatti, la maggiore efficacia di scelte di politica criminali si rivela, non in relazione a strumenti di “terrorismo sanzionatorio”, quanto in istituti e mezzi in grado di suscitare una partecipazione consensuale da parte dei destinatari: “La prevenzione, in effetti, dipende soprattutto dall’autorevolezza dei precetti normativi, cioè dalla capacità dell’ordinamento giuridico di motivare anche attraverso le strategie sanzionatorie a un rispetto per convenzione dei medesimi. In altre parole dipende, soprattutto, dalle componenti positive della prevenzione, una volta precisato che esse non hanno proprio nulla a che fare – nonostante l’identificazione spesso operatane in dottrina – con le correnti neo-retributive”. Cfr. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 75. In tale ottica, quindi, si rafforzerebbe anche la prevenzione speciale, nella misura in cui si punterebbe a formare il condannato per il suo (re)inserimento in società, attraverso le logiche della responsabilizzazione e non dell’esclusione: “Nulla infatti rafforza maggiormente quest’ultima, cioè l’autorevolezza delle norme violate riconfermandone la vigenza, di quanto non possa fare la summenzionata presa di distanze, sulla base di seri impegni riparativi, da una pregressa condotta illegale, ad opera dello stesso soggetto che l’abbia tenuta”. Cfr., EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 75, nonché in senso analogo, circa la necessità di rinnovare la cultura della “pena” in termini di inclusione e non di esclusione, cfr. PAVARINI, in *Silete poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11.

risocializzante. Ma se nell'agenda politica della *post*-modernità ad imperare è la finalità dell'esclusione sociale, come è possibile sostenere che, ciò nonostante, il sistema penale debba (quando "logicamente" non può) perseguire il fine della reintegrazione sociale?»¹⁰⁴⁸.

Interrogativo che ha trovato (forse in un eccessivo sincretismo) un terreno fertile di discussione in seno alla giurisprudenza costituzionale, portatrice, come noto, della teoria della pena *polifunzionale*. Il pensiero della Corte sul finalismo delle pena ha subito nel corso del tempo un'evoluzione al pari del mutamento delle correnti dottrinali¹⁰⁴⁹.

In conformità, infatti, al modello teorico predominante in dottrina fino agli anni '60, la teoria della polifunzionalità viene definita come *eclettica o sincretico-additiva*, per cui la pena assolverebbe contemporaneamente più funzioni, sia di tipo afflittivo-retributivo, generalpreventivo, specialpreventivo e satisfattorio o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato¹⁰⁵⁰. In tale quadro, viene gradualmente inserita anche la

¹⁰⁴⁸ Cfr. PAVARINI, in *Silene poenologi in munere alieno!*, cit., p. 11.

¹⁰⁴⁹ Polifunzionalismo o polifinalismo: espressione a cui ricorre in DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1190.

¹⁰⁵⁰ Nel periodo successivo ai lavori dell'Assemblea Costituente la realizzazione e la valorizzazione dell'ideale rieducativo della pena fu ostacolato dai continui mutamenti politici, sociali e culturali. I primi anni cinquanta, infatti, hanno rappresentato un periodo caratterizzato da alti indici di criminalità, che hanno sicuramente costituito il terreno fertile per interpretazioni dottrinali tese a comprimere la portata innovativa del principio rieducativo. Come sempre avviene in periodi di forte allarme sociale, si tende a far prevalere preoccupazioni di tipo generalpreventivo, cui si accompagna anche la mortificazione delle teorie di prevenzione speciale e un (pericoloso) ritorno a teorie retributive per lo più orientate in senso religioso, derivanti dall'affermarsi nel dopoguerra dell'egemonia culturale cattolica. In tale periodo si collocano le riflessioni dei c.d. "fedeli retribuzionisti", primi tra tutti, Petrocelli e Bettiol, già impegnati, ancor prima che i lavori dell'Assemblea Costituente avessero inizio, a demolire l'ideale rieducativo. Cfr. PETROCELLI, *La funzione della pena*, cit., p. 1315. Posizione, peraltro, maggioritaria sul finire degli anni '50: Bettiol, in una serie continua di saggi, nell'arco di un quarantennio, ribadendo la finalità retributiva della pena, ha preso di mira sia la prevenzione speciale sia quella generale, accusando entrambe di "fare dell'uomo un oggetto pieghevole alle finalità del gruppo, della società, dello Stato". Cfr., *in primis*, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 725. La sua analisi più critica si rivolge, però, al c.d. "mito della rieducazione", dal momento che tale finalità vulnererebbe l'uomo nella sua libertà interiore e starebbe in agguato per soffocare l'individualità, in nome della prepotenza politica e del totalitarismo. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, II Convegno di dir. pen.*, 1963, Bressanone-Padova, 1964, p. 3 ss. È importante specificare che questa posizione di Bettiol, legata ad una visione più specificamente cristiana del mondo del diritto, non nega del tutto la possibilità di correzione del reo, la quale del resto, accanto all'idea di reintegrazione dell'ordine violato e del castigo, è costantemente presente nella dottrina penale di derivazione cattolica ed, anzi, viene più volte in rilievo che l'idea retributiva sia pedagogica e porti con sé un principio di ravvedimento e di emenda. Si tratta tuttavia di una rieducazione meramente eventuale ed intesa come emenda morale del reo, non come recupero sociale o risocializzazione, impostazione che Bettiol condanna aspramente ravvisando una impostazione marxista. Diverse sono le argomentazioni che i retribuzionisti adducono a sostegno della tesi che cerca di neutralizzare la finalità rieducativa della pena, espressa in ambito costituzionale. Partendo dalla preminenza, nel testo dell'art. 27 co. 3, all'enunciato che contiene il divieto di trattamenti inumani rispetto a quello che riguarda la finalità rieducativa, essi cercano

funzione rieducativa della pena, relegata, però, alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria: paradigmatica, in tal senso, è la sent. n. 12/1966¹⁰⁵¹, con cui la Corte costituzionale, pronunciandosi in merito alla legittimità della pena pecuniaria, ha desunto come la pena debba avere necessariamente un contenuto afflittivo, poiché “la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, non potrebbe essere concepita “in senso pieno e assoluto”; onde la

di dimostrare come la pena, secondo il legislatore costituzionale, continui a mantenere il suo ineliminabile carattere “afflittivo”. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 725. Il ragionamento nella sua linearità risulta ineccepibile: “Se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo; se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere [...] punitivo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità non avrebbe avuto ragione di essere, perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sè, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita”. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 725. Una seconda argomentazione è basata sul significato letterale del verbo “tendere”, il quale starebbe a significare che la rieducazione non rappresenta lo scopo essenziale della misura, ma solo un risultato eventuale della pena, da tenere in conto soprattutto nella fase esecutiva. Spingendosi ancora oltre, la dottrina degli anni cinquanta, nel tentativo di mitigare quella che poteva essere una prospettiva potenzialmente rivoluzionaria desunta dal dettato costituzionale, ha cercato di ricondurre il terzo comma dell'art. 27 Cost. all'ambito delle norme programmatiche, negando che esso potesse avere efficacia vincolante per il legislatore e riconoscendovi soltanto una direttiva che egli avrebbe dovuto realizzare nei limiti delle sue possibilità; tentativo questo che ebbe fin da subito pochi consensi dal momento che già allora la dottrina maggioritaria gli attribuiva efficacia precettiva. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 725. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 376. Ma, al di là delle critiche basate sul dato testuale, l'attacco al principio di rieducazione è basato su argomenti di fondo dal punto di vista del contenuto dell'ideale rieducativo. Esso, infatti, tenderebbe ad ottenere il reinserimento sociale del condannato attraverso una meccanica sottomissione dell'individuo a regole precostituite e indipendenti dalla sua volontà; una sorta di rieducazione forzata contro la quale si rivendica con vigore il diritto del cittadino alla libertà di coscienza. Cfr., *ex multis*, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 176 ss., nonché FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 73 ss.

¹⁰⁵¹ Nel dichiarare non fondata la questione, il Giudice delle leggi rammenta che, congiuntamente al fine rieducativo, il testo costituzionale evoca il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità “con evidente implicito richiamo alle pene detentive” e [...] con l'intento di segnare dei limiti all'afflittività della sanzione penale. Se ne deve evincere che «il principio rieducativo [...] dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo e assoluto” e indica essenzialmente “l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa della pena e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla [...]”, ma ciò “naturalmente là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tale fine”, dovendosi, d'altra parte, osservare come “non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa di per sé adempiere a una funzione rieducativa”. In definitiva, conclude quella lontana decisione, è ben vero che il legislatore costituente volle elevare a rango di precetto costituzionale, per il suo alto significato sociale e morale, il principio della rieducazione del condannato, ma “senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità [...] e ciò evidentemente in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale”. Cfr. Corte cost. 12 febbraio 1966, 12. Per un approfondimento, cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37 e VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 1982, p. 445, nonché ID., *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice penale vigente*, in *Giust. pen.*, 1950, p. 140 ss.; ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 57 ss.

ritenuta legittimità di pene inidonee (o poco idonee) a perseguire lo scopo rieducativo, proprio “in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell’ordine pubblico contro la delinquenza, e da cui dipende l’esistenza della vita sociale”¹⁰⁵². Ritenuta quindi la finalità rieducativa quale scopo secondario ed eventuale da isolare solamente nella fase dell’esecuzione, obiettivi assorbenti, per la Corte, diventano la prevenzione generale e/o la retribuzione, nonché la prevenzione speciale intimidatrice¹⁰⁵³.

Al modello testè esaminato, si contrappone, un concetto di *polifunzionalità additivo-dialettico*, connotato da una preminenza delle istanze di prevenzione rispetto alle idee retribuzionistiche, che finiscono per perdere un ruolo autonomo, riducendosi a

¹⁰⁵² Cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37 ss., nonché PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) Bartole, Bin, Crisafulli, Paladin, Padova, 2008, p. 281; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 351 ss.

¹⁰⁵³ Altre decisioni sono seguite nella stessa prospettiva. Così con la sentenza dell’11 febbraio 1971, n. 22 che, nel giudicare non fondata una questione di legittimità costituzionale dei limiti edittali massimi della pena per i delitti di furto, la Corte costituzionale ha, da un lato, escluso che il fine rieducativo fosse l’unico della pena e, dall’altro, ha trovato modo di affermare che tale fine attinesse non solo e non tanto alla durata [della pena], quanto e soprattutto “al suo regime di esecuzione”. L’assunto della rieducazione come requisito essenziale della sola fase esecutiva emerge chiaramente da altre pronunce: da quella del 22 novembre 1973, n.167, ove si afferma che il fine in parola non confligge, ma si coordina con le altre finalità della pena e che anzi, attiene proprio al momento esecutivo, sicché non può trovare applicazione nei confronti delle pene sospese e delle misure di sicurezza; da quella del 17 gennaio 1984, n. 237, che enuncia l’impegnativo *dictum*, secondo cui “sfugge al controllo di legittimità l’indagine sull’efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore” (in senso analogo, anche Corte cost. n. 119/1975, 102 e 169 del 1985). Di particolare rilievo sono, poi, talune affermazioni della sentenza, 7 novembre 1974, n. 264, con la quale la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della pena dell’ergastolo. Si tratta di una motivazione stringatissima. In risposta, dunque, ai soli argomenti dell’ordinanza di rimessione e dopo avere ricordato, a sua volta, che “funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile”, la Corte rileva che “a prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”. Ciò basterebbe “per concludere che l’art. 27 Cost., usando la formula “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, non ha proscritto la pena dell’ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell’esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l’efferatezza della loro indole”. Subito dopo la Corte ricorda, tuttavia, che, con l’importante modifica, recata all’art. 176 c.p. dall’art. 2 della l. 25 novembre 1962, n. 1634, la liberazione condizionale può essere applicata, a certe condizioni, anche ai condannati all’ergastolo, in modo da consentirne il reinserimento nel consorzio civile. Si rammenta, quindi, che, grazie ad una propria decisione di qualche mese prima – sentenza 27 giugno 1974, n. 204 – il procedimento per la liberazione condizionale è stato sottratto al potere politico (cioè al Ministro della giustizia) ed è stato consegnato alle garanzie della giurisdizione, sicché il condannato potrà rivolgersi all’autorità giudiziaria per fare accertare l’idoneità della sua condotta a fare ritenere sicuro il proprio ravvedimento. Cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37.

mera esigenza di proporzione tra pena da infliggere in concreto e grado della colpevolezza. In tale orizzonte, la concezione additivo-dialettico propone un ordine di gerarchia o di preminenza, in rapporto alle diverse fasi della vicenda punitiva, dalla minaccia legislativa, alla commisurazione giudiziale fino all'esecuzione della pena: mentre, quindi, a livello di cornici edittali dovrebbero predominare esigenze di prevenzione generale, in termini sia di intimidazione sia di orientamento culturale, la prevenzione speciale dovrebbe, invece, prevalere in sede esecutiva, e secondo alcuni, anche in sede di commisurazione della pena¹⁰⁵⁴.

A tale modello si accosta la Corte costituzionale con la pronuncia n. 313/1990, la quale è stata salutata da una parte della dottrina come una pietra miliare, al pari della precedente (di poco) sent. n. 364/1988 in tema di *ignorantia legis* evitabile-scusabile, in cui per la prima volta si è ancora saldamente il principio di colpevolezza alla finalità rieducativa, “collegando”, infatti, “il primo al terzo comma dell’art. 27 Cost., agevolmente si scorge che, comunque si intenda la funzione rieducativa [...], essa postula almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica”, dal momento che «non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto), non ha certo “bisogno” di essere “rieducato”. Soltanto quando alla pena venga assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili [...] alla predetta colpa dell’agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell’evento»¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁴ Cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37, nonché NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 351.

¹⁰⁵⁵ La sentenza n. 313/1990 rappresenta un ideale *continuum* delle conclusioni della Corte, soprattutto in un momento storico in cui l’ideale rieducativo veniva percepito con forte scetticismo e disincanto: con tale pronuncia, la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 442, co. 2 c.p.p., nella parte in cui “non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all’art. 27 comma 3 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione”. Un importante impulso culturale al cambiamento graduale del concetto e della rilevanza del fine rieducativo è dovuto, in gran misura, alla costituzione della rivista “*La questione criminale*” che, sotto la direzione di Baratta e Bricola, si propone di contribuire alla trasformazione del sistema sociale sulla base di osservazioni e ricerche scientifiche che considerano il punto di vista dell’interesse delle classi subalterne. Cfr. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Atti del seminario organizzato dal Centro studi ed iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1974, p. 41. Cfr., altresì, DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 489 ss.

Si giunge quindi alla massima valorizzazione del finalismo rieducativo, il quale viene ad identificarsi se non come fine esclusivo, come scopo primario della pena che deve operare in tutte le fasi della fenomenologia punitiva, compresa quella della previsione legale astratta¹⁰⁵⁶.

Trend giurisprudenziale confermato, anche nelle successive pronunce, tra cui si annovera anche la sentenza dell'11 luglio 2007, n. 322, in cui si sottolinea che «la colpevolezza svolge un ruolo “fondante” rispetto alla funzione rieducativa della pena [...] [poiché] non avrebbe senso “rieducare” chi non ha bisogno di essere rieducato, non versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso»¹⁰⁵⁷.

Si aggiunge, inoltre, che la funzione rieducativa «non potrebbe essere obliterata a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla rimproverabilità dell'autore»: punire in difetto di colpevolezza, per perseguire le finalità c.d. di “prevenzione generale” negativa e di prevenzione speciale negativa, implicherebbe «una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.»¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ «L'esperienza [...] ha dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo tendere vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (nè in sede normativa nè in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. Deve essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonchè per le stesse autorità penitenziarie”. Cfr., in dottrina, DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 10 ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Aa. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 131 ss., nonché PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 27 ss.

¹⁰⁵⁸ Ancora. La sent. n. 129 del 2008 la quale – dopo aver effettuato un (opportuno) distinguo tra la funzione rieducativa e le regole del giusto processo, non orientabili verso il finalismo rieducativo, comportando altrimenti una pericolosa frizione con la presunzione di non colpevolezza – ribadisce «la necessità che la pena debba “tendere” a rieducare [...] indica una delle qualità essenziali [...] della pena nel suo contenuto ontologico». La Corte torna nuovamente a pronunciarsi con la sent. n. 183/2011, con cui si afferma definitivamente che “la finalità rieducativa rileva sia nella fase dell'esecuzione penale, sia in quella della sua previsione e della sua irrogazione, dovendosi ritenere che il terzo comma dell'art. 27 Cost. vincoli sia il legislatore, sia il giudice della cognizione, prima che il giudice della sorveglianza”.

Facendo il punto sulla giurisprudenza costituzionale, la dottrina si è interrogata circa l'effettivo significato del concetto di rieducazione, atteso come tale concetto si presti ad assumere un'infinità di significati che “spaziano, senza soluzione di continuità, da un massimo ad un minimo di contenuti morali, da accezioni arricchite e interiorizzate ad altre scarnificate e proiettate verso l'esterno”¹⁰⁵⁹. Secondo una parte della dottrina non è sembrato affatto incoerente sostenere come il concetto di rieducazione portasse con sé la eterna tensione tra istanze preventive ed idee retribuzionistiche, “a seconda che per rieducazione si intenda l'acquisizione di una nuova moralità, il ravvedimento del soggetto, la modificazione del suo atteggiamento nei confronti dei beni tutelati dall'ordinamento penale, o invece si intenda una buona condotta puramente esteriore, il mero rispetto della legge penale, considerato indipendentemente dai fattori che lo rendono possibile”¹⁰⁶⁰.

Sembra, però, da escludersi che l'art. 27, co. 3 Cost. recepisca l'idea retributiva in un'accezione puramente eticizzante, qual'è quella sottesa ad un concetto di emenda morale o correzione morale del delinquente: dalla Costituzione infatti non emerge un modello di Stato che assuma su di sé anche il compito di provvedere all'emenda personale e morale del reo¹⁰⁶¹. Anche l'interpretazione secondo cui la rieducazione si

¹⁰⁵⁹ Cfr. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di), Branca-Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 222.

¹⁰⁶⁰ Come riporta FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 739: «Una delle principali obiezioni fa leva sul rilievo che l'idea rieducativa non consente alcuna “predeterminazione” temporale della durata delle sanzioni ma dovrebbe, in maniera conseguente, tendere ad un trattamento finalizzato alla correzione definitiva, anche se la relativa durata sia imprevedibile. Persino l'assunzione di un “fatto di reato” a presupposto indefettibile della sanzione, sarebbe poco comprensibile – altresì si obietta – dal punto di vista di un diritto penale del trattamento: ciò perché l'esigenza di venire sottoposti ad un trattamento rieducativo potrebbe derivare dal semplice fatto di comportarsi da vagabondi, mendicanti, oziosi, di esercitare la prostituzione o di atteggiarsi dunque alla commissione di specifici fatti delittuosi previsti come tali da qualche norma incriminatrice».

¹⁰⁶¹ La chiave di volta del concetto di rieducazione va infatti legato al principio di legalità, *ex art.* 25, co. 2 Cost., come già si è detto in precedenza circa la qualificazione di norma penale ai fini della riconduzione di norma esecutiva sotto l'alveo di tutela del principio di legalità: “[...] l'inserimento della rieducazione nella prospettiva del diritto penale del fatto è un dato desumibile dalla stessa normativa costituzionale. Che la rieducazione vada concepita in collegamento col disvalore espresso dal fatto di reato è, infatti, conseguenza di un'interpretazione dell'art. 27, comma 3°, Cost., non come norma isolata, bensì come norma imposta in relazione all'art. 25, comma 2°, Cost.: come sappiamo, tale ultima norma, nel sancire il principio di legalità, configura inequivocabilmente la pena come effetto giuridico di un “fatto criminoso – e non già, dunque, di un modo di essere soggettivo o di un semplice atteggiamento interiore del reo. Ne deriva allora che, proprio in base al combinato disposto degli artt. 25, comma 2° e 27, comma 3°, Cost., il presupposto della stessa pretesa rieducativa non può che essere costituito dalla commissione di un fatto socialmente dannoso da parte del soggetto da rieducare”. E ciò, ovviamente, non equivale a rinunciare ad esigenze di “proporzione” tra fatto e sanzione. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 740, nonché ID., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., p. 131.

identificherebbe con il reinserimento sociale o la risocializzazione del delinquente, tuttavia, non impedisce che sorgano alcune perplessità; tale teoria sembra infatti dare per scontato che la criminalità sia esclusivamente la conseguenza di una situazione di sottosviluppo ed emarginazione sociale. In quest'ottica, pertanto, la rieducazione si porrebbe come una sorta di "socializzazione sostitutiva" che tende ad inserire nella società soggetti posti ai margini che non conoscono le regole della convivenza civile: lo stesso trattamento punitivo si pone come strumento "finalizzato a rimuovere le difficoltà oggettive che impediscono il pieno sviluppo della persona umana"¹⁰⁶².

Resta allora da ricercare una nozione di rieducazione dalla portata più ampia e comprensiva di ogni situazione che si possa prospettare: l'unica via percorribile comporta la delimitazione del concetto di rieducazione alla nozione di *legalità esteriore*, il quale consiste nella mera acquisizione della capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale, senza incorrere, in futuro, nella commissione di ulteriori reati¹⁰⁶³. Il concetto di *legalità esteriore* consente di espungere dall'esecuzione penale l'idea che il condannato debba necessariamente interiorizzare i precetti penali, mutando la propria personalità verso il prototipo di cittadino modello; a ben vedere, il fine della rieducazione si considera realizzato anche nella misura in cui il ravvedimento del soggetto sia dipeso da un mero calcolo opportunistico, consapevole e ponderato.

L'obiettivo della rieducazione, così come concepita, rimane identico, indipendentemente dalle condizioni soggettive del condannato; ciò che mutano invece, sono le tecniche che dovrebbero essere utilizzate per raggiungere il fine ultimo: se, infatti, il condannato è un emarginato con un effettivo *deficit* di socializzazione, non vi potrà essere verosimilmente una (ri)acquisizione dei valori della convivenza senza un previo superamento della condizione di emarginazione; il reinserimento in società (o socializzazione sostitutiva) diventa la tecnica tramite la quale si può avere speranza di

¹⁰⁶² Una tale interpretazione sembra dimenticare che se da un lato è vero che in molti casi all'origine del fenomeno criminale vi sono situazioni di emarginazione, debolezza e inferiorità sociale, questo tuttavia non può essere considerato un assunto vero in assoluto. Vi sono infatti reati, soprattutto di carattere economico, che per la loro natura possono essere commessi solo dai "colletti bianchi", e cioè da quei soggetti che sono ben integrati nei circuiti dell'economia e della società; questi soggetti, essendo ben inseriti non necessitano affatto di un'opera di risocializzazione o reinserimento sociale. Cfr. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, p. 83 ss.

¹⁰⁶³ Cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37, nonché MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 925; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

realizzate il processo rieducativo in maniera efficace¹⁰⁶⁴. Se invece il reo è un soggetto che non presenta alcun problema di inserimento nella società e che, anzi, ha sfruttato proprio la sua posizione sociale per commettere un reato (come avviene nel caso dei c.d. colletti bianchi), il fondamento della sanzione sarà di tipo generalpreventivo positivo; si cercherà di rafforzare nell'individuo, la tendenza al rispetto dei valori e dei principi fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico, stimolandolo a tenere una condotta volta al rispetto, nel futuro, di comportamenti conformi alla legge penale¹⁰⁶⁵.

Parte della dottrina, tuttavia, nota come un solo rispetto delle leggi (in senso formale) non comporti l'avvenuta rieducazione del reo: tale critica conduce a introdurre nella nozione di rieducazione anche un'implicazione etica, per cui si richiede che il condannato percepisca il “valore” del precetto penale violato. Con ciò, non significa riappropriarsi del concetto di educazione alla moralità, ma arricchire di contenuti morali il concetto di rieducazione inteso come risocializzazione¹⁰⁶⁶. Una prima tecnica si rifaceva alla c.d. *pedagogia dell'autodeterminazione*¹⁰⁶⁷. Secondo tale accezione rieducare significherebbe predisporre le condizioni affinché il reo si possa convincere dell'opportunità di accettare l'offerta rieducativa; egli potrà scegliere liberamente tra i diversi sistemi di valori offertigli da un contesto sociale eterogeneo. La rieducazione non è più indirizzata ad un sistema di valori condiviso dalla maggioranza dei consociati,

¹⁰⁶⁴ Cfr. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978, p. 363 ss.

¹⁰⁶⁵ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 691; ID., *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, cit., p. 222. Sull'ipotesi di mantenere, all'interno del finalismo rieducativo, l'idea della retribuzione, cfr., *in primis*, BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 822, nonché RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 33 ss; *contra*, tra gli altri, EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 935 ss., nonché DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154 ss. Come riporta Eusebi, infatti, la funzione della retribuzione, pur presentandosi nella veste di ideale garantista, finisce, in realtà, per affidarsi a fattori socio-psicologici che esprimono istanze emotive di punizione, irrazionali ed illogiche, frutto della valutazione contingente di un determinato contesto sociale, in un dato momento storico (cfr. l'esempio del furto di una rapa, rappresentato da Hegel, di cui sopra). Cfr. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 935. Secondo Fiandaca-Musco, inoltre, la fallacia dell'associazione tra fatto e pena consiste nell'attribuire valenza anche ad atteggiamenti interiori dell'agente, più (o oltre) che la dimensione oggettiva del fatto. L'idea della retribuzione viene oggi sostituita, da più voci, dal concetto di proporzione e/o proporzionalità, un criterio guida che presiede lo stesso funzionamento dello Stato di diritto. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 692.

¹⁰⁶⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 693. In tal senso, cfr. altresì BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978, p. 363 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 18 ss.; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 262.

¹⁰⁶⁷ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 693. Tali obiezioni sono presentate negli stessi termini da FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 279 e da PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22. Pavarini, in questo saggio, cita come principale sostenitore di questa critica Haffke che, tentando di individuare un'alternativa possibile a questo modello si rifà alla teoria della *pedagogia emancipatoria*.

ma è ottenuta facendo sì che il condannato possa autodeterminarsi nei confronti di valori eterogenei¹⁰⁶⁸. Fortemente criticata da parte della dottrina, tale prospettiva è stata corretta da un ulteriore modello, offerto dalla *pedagogia emancipatoria o teoria sociale emancipante*¹⁰⁶⁹. Secondo tale modello, qualsiasi tecnica rieducativa dovrebbe rispettare l'autonomia del singolo e offrire al condannato tutto il sostegno socio-culturale possibile affinché riesca a risolvere liberamente in termini positivi quei problemi che lo hanno portato ad una condotta criminale¹⁰⁷⁰.

Tale ultima concezione risulta eccessivamente ottimistica, riducendo sensibilmente il fenomeno della criminalità e trasformando il recupero sociale del condannato in una sorta di “folgorazione sulla via di Damasco”¹⁰⁷¹.

Le teorie più recenti si basano ricostruiscono la nozione di rieducazione secondo un *duplice obiettivo*: da una parte, si vuole evitare di ricorrere a tecniche manipolatrici o limitative dell'autodeterminazione personale; dall'altra, si richiede una disponibilità psicologica del reo alla partecipazione del programma rieducativo¹⁰⁷². In tale prospettiva, si deve leggere il termine “tendere” utilizzato dal legislatore ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost., per cui il *consenso* del soggetto rieducando deve porsi come requisito indispensabile del trattamento rieducativo se si vuole che esso venga portato a termine con effetti benefici per il condannato¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 693.

¹⁰⁶⁹ Il termine pedagogia emancipatoria è usato da PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22; il termine *teoria sociale emancipante*, invece, è usato da FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 279. Anche se molto suggestiva, questa interpretazione si è mostrata troppo suscettibile a contestazioni difficilmente superabili. In primo luogo, infatti, non tiene conto del fatto che per molti condannati la scelta di criminalità può essere una scelta libera. In secondo luogo, si è sottovalutata la difficoltà oggettiva che si presenterebbe dovendo educare un soggetto all'autodeterminazione in una situazione di coazione esterna quale è quella connessa all'esecuzione della pena; la contraddizione tra dominio e rispetto dei valori risulterebbe, inevitabilmente, impossibile da superare.

¹⁰⁷⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 693. 7, nonché PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22.

¹⁰⁷¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 693.

¹⁰⁷² Cfr. sul punto, MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., p. 926.

¹⁰⁷³ Tensione conflittuale che diventa irriducibile nella misura in cui il delitto sia il risultato di una scelta ideologico-politica del condannato, come nel caso dei delitti di matrice terroristica, eversione dell'ordine democratico o associazione di stampo, in cui l'offerta rieducativa viene a scontrarsi inevitabilmente con convinzioni personali, anche fortemente radicate nel singolo, su cui lo Stato non può incidere nel rispetto dell'autonomia personale; con ciò, però, non significa che il moderno Stato di diritto debba rinunciare alla pretesa del rispetto di valori unanimemente condivisi e tutelati. Dal piano teorico ovviamente le contraddizioni aumentano sul piano applicativo: letteratura costante prende ad es. le più importanti concretizzazioni legislative per misurare il finalismo rieducativo: si ricorda sul punto, *in primis*, l'ergastolo; la sospensione condizionale della pena, la pena pecuniaria, le misure alternative, *etc.* per un riferimento bibliografico, cfr., *in primis*, AA. VV., *Il carcere “riformato”* (a cura di), Bricola,

5.7.1. *Il nocciolo duro della dignità umana del detenuto.*

Secondo la dottrina, “*Teoria della pena ed esecuzione della pena costituiscono dunque l’alfa e l’omega della vicenda sanzionatoria*”¹⁰⁷⁴.

Con riguardo all’analisi dell’esegesi costituzionale, si possono agevolmente individuare quattro periodi: (a) il periodo precedente l’entrata in vigore l’ordinamento penitenziario, dal 1956 al 1975; (b) il secondo periodo, dal 1975 al 1991, anno in cui inizia ad evidenziarsi l’emergenza criminale legata alla criminalità organizzata; (c) il terzo periodo, dal 1992 fino ai recenti sviluppi imposti dalla sentenza *Torreggiani e altri*, dell’8 gennaio 2013¹⁰⁷⁵.

Con riferimento al primo periodo, si segnala che l’apporto della Corte costituzionale è stato limitato anche in ragione della difficoltà di innesto del principio rieducativo rispetto ad un apparato sanzionatorio pressochè immutato del codice penale Rocco, con la pena di morte, ergastolo (realmente perpetuo) e cornici edittali per la pena detentiva improntati ad un assoluto rigorismo. In tale quadro, si collocano quindi le pronunce nn. 48/1962 e 12/1966, in cui si scorge in nuce la tesi della polifunzionalità della pena; formulazione espressa compiutamente nella successiva sentenza n. 264/1974, per cui: «La Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, “evidenzia la necessità che le pene abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale»¹⁰⁷⁶, aggiungendo, tuttavia, come l’art. 27, co. 3 Cost. non inficia la pena

Bologna, 1977, nonché AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario* (a cura di), Grevi, Bologna, 1981.

¹⁰⁷⁴ Cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di), Vassalli, cit., p. 147.

¹⁰⁷⁵ Per la suddivisione dei periodi, cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, cit., p. 149.

¹⁰⁷⁶ Con ordinanza del 16 giugno 1956, le Sezioni Unite della Cassazione confermano la compatibilità dell’ergastolo con la disposizione dell’art. 27, co. 3 Cost., ritenendo manifestamente infondata la relativa eccezione di incostituzionalità. A questo proposito, la Suprema Corte ha sostenuto che la pena dell’ergastolo non è incompatibile con la prima parte del terzo comma dell’art. 27 Cost. («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»), perché “in essa non altro si è inteso che solamente ribadire il principio della umanizzazione della esecuzione della pena”. Per quanto riguarda la seconda parte del terzo comma dell’art. 27 Cost. («le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato»), la Cassazione ha sostenuto che “non risponde né ad una istanza logica, né ad una esigenza di diritto positivo, l’assunto secondo cui l’unico risultato, che la rieducazione mirerebbe a raggiungere, sarebbe quello del riadattamento del condannato alla vita sociale», e che, pertanto, il concetto di rieducazione non può limitarsi alla sola finalità del recupero sociale e del reinserimento del reo nel consorzio civile, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche la finalità di redenzione morale reo. Continua la Corte sostenendo che “il processo di rieducazione ben può essere attuato, come del resto è ormai acquisita esperienza, anche durante la esecuzione della pena dell’ergastolo, nell’ambito della quale non è neppure esclusa una sia pur limitata vita di relazione”. La Cassazione ha tratto un altro

dell'ergastolo “quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole”¹⁰⁷⁷.

argomento per respingere la tesi della incostituzionalità dell'ergastolo, dal comma 4 dell'art. 27 Cost. che vieta espressamente la pena di morte: il fatto che il divieto riguardi la sola pena capitale dovrebbe indurre a ritenere, a contrario, l'ammissibilità della pena dell'ergastolo. Inoltre, la Suprema Corte ha osservato come la pena dell'ergastolo non può ritenersi nella realtà una pena sempre perpetua perché, in certi limiti e a certe condizioni, il condannato all'ergastolo può essere graziato. Il riferimento all'istituto della grazia non appare però decisivo data l'eccezionalità di tale provvedimento che si riferisce peraltro a casi singoli e particolari. Successivamente, in altre pronunce si afferma che l'ergastolo non è ostativo al reinserimento del condannato nella società poiché ha cessato di essere una pena perpetua a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 1634/1962 e delle successive modifiche all'ordinamento penitenziario. La possibilità per gli ergastolani di accedere alla liberazione condizionale dopo un periodo di espiazione della pena riconsegnerebbe il condannato alla vita civile. L'ordinanza del 1956 della Corte di Cassazione ha suscitato un vivace dibattito in dottrina ed ancora oggi è presa in considerazione, perché alcuni degli argomenti di tale provvedimento si ritrovano nelle sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato legittima la pena dell'ergastolo. Una prima critica è stata mossa sul piano formale. La Cassazione, con la deliberazione processuale di manifesta infondatezza esercitò in sostanza un non ammesso sindacato diffuso di costituzionalità, decidendo della costituzionalità o meno dell'art. 22 c.p. Una seconda critica poggia sul contenuto del principio rieducativo. Per la Cassazione, rieducare il condannato non vuol dire solo recuperarlo socialmente poiché può bastare, per rispettare i crismi dell'art. 27 Cost., la sua redenzione morale intesa come processo interiore che libera il condannato dal peso del delitto commesso. Non manca chi ha fatto notare che queste considerazioni rispecchiano una visione giusnaturalistica del principio rieducativo non in linea con l'ordinamento costituzionale. Una simile accezione del principio rieducativo porterebbe ad una contraddizione con il paradigma liberale dello stato di diritto, che ha come postulati la sovranità della persona sulla propria mente, il diritto di ciascuno a rimanere come è e la separazione tra diritto e morale. Il ragionamento dei giudici di legittimità, avvallato da molti studiosi di estrazione cattolica, trova analogie con l'ergastolo nato negli ambienti ecclesiastici medievali, dove il ravvedimento interiore e la perpetua penitenza erano alla base della pena. Una terza rimostranza viene avanzata in merito all'interpretazione letterale dell'art. 27 Cost. data dalla Suprema Corte per la quale, se i costituenti avessero voluto escludere la pena dell'ergastolo, avrebbero dovuto, al pari di quanto fecero con la pena capitale, prevederla espressamente. Non disciplinando divieti espliciti, si ammetteva implicitamente la costituzionalità dell'ergastolo. L'argomento testuale è stato fortemente criticato poiché se le pene non espressamente vietate fossero, per ciò solo, ammesse, allora si potrebbe pensare che la tortura, la fustigazione, le mutilazioni e altre forme di punizioni corporali non mortali abbiano cittadinanza costituzionale. Inoltre, è stato rilevato che, l'interpretazione letterale, quando ha ad oggetto il testo costituzionale, deve trovare conferma nell'interpretazione sistematica, che chiama in causa altre disposizioni costituzionali. In questo senso la Costituzione contiene disposizioni che si pongono in contrasto con l'ergastolo. Dai dibattiti dell'Assemblea Costituente si comprende che la pena di morte fu disciplinata solamente per ammettere l'eccezione in tempo di guerra, in quanto sarebbe stato pleonastico, alla luce dell'intera trama costituzionale, vietarla espressamente. I dibattiti dei costituenti dimostrano che in molti si chiesero se non fosse il caso escludere anche l'ergastolo, una volta esclusa la pena di morte, questione affrontata senza raggiungere risultati definitivi. Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 16 giugno 1956, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 485 ss. con nota di DALL'ORA, per cui: “Non vi è ragione di limitare il concetto di rieducazione del condannato alla sola finalità del suo recupero sociale, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche quella della redenzione morale del reo, ossia quel percorso attuosso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento, che, liberando il condannato dal peso del delitto commesso, lo porti a redimersi”. Per un approfondimento, cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 514 ss; JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1980, p. 659; BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 555 ss.

¹⁰⁷⁷ Cfr. Corte cost. 22 novembre 1974, in *Giur. cost.*, 1974.

Se, nella prima fase viene mantenuta la legittimità dell’ergastolo, nel secondo periodo *sub* (b), l’entrata in vigore della legge sull’ordinamento penitenziario n. 375/1954 cambia notevolmente il quadro normativo e giurisprudenziale: si segnala, in primis, la sent. n. 282/1989, secondo la quale, assieme alla finalità rieducativa, “concorrono [...] finalità di difesa sociale che il legislatore è legittimato a perseguire perché le sue valutazioni non eccedano i confini della discrezionalità politica e non si trasformano in arbitrio” ovvero la pronuncia n. 306/1993, in cui si assegna alla pena le finalità della prevenzione generale, della difesa sociale, nonché della rieducazione, precisando, ancora, come quest’ultima finalità possa essere sacrificata dal legislatore per prevalenti esigenze di sicurezza collettiva¹⁰⁷⁸.

La valorizzazione della funzione rieducativa, seppur soggetta a limiti e passibile di bilanciamento, subisce una forte accelerata, paradossalmente, proprio nella “fase dell’emergenza”, in cui assume un ruolo pressochè esclusiva in fase esecutiva sia per i condannati adulti, sia per i detenuti minorenni. In tale periodo, il concetto di rieducazione viene ampiamente richiamato dalla Corte costituzionale con una molteplicità di varianti linguistiche, come “reinserimento sociale”, nella sent. n. 168/1972, “reinserimento del reo nel contesto economico e sociale, nella sent. n. 126/1983, “reinserimento nella società, “ravvedimento” ovvero “recupero sociale”, nelle sent. nn. 450, 271 del 1998; in alcuni casi, quale sinonimo di “teoria dell’emenda” (come nella pronuncia n. 68/1995, nella valutazione della compatibilità dell’art. 4-*bis* ord. penit. con la “funzione di emenda della pena”); in altri, quale modalità trattamentale (*id est*: progressività trattamentale) per la “realizzazione della personalità, sent. n. 445/1997¹⁰⁷⁹.

Nella terza fase *sub* (c), idealmente collocata sul finire della fase emergenziale, le maggiori perplessità circa l’affermazione incontrastata della finalità rieducativa

¹⁰⁷⁸ Cfr. Corte cost. 11 giugno 1993, n. 306, in cui si afferma che: “essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l’intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l’applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, giacchè, altrimenti, residuerebbe nel sistema nell’altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionali coinvolti”. Per un approfondimento, cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, cit., p. 154.

¹⁰⁷⁹ Cfr. Corte cost. 21 novembre 1972, n. 168; Corte cost. 5 maggio 1983, n. 126; Corte cost. n. 450 del 30 dicembre 1998 e n. 271 del 25 luglio 1998; Corte cost. 7 febbraio 1995, n. 68; Corte cost. 16 dicembre 1997, n. 445; per un commento cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, cit., p. 155.

provengono dalle scelte legislative: “il pendolarismo” normativo, teso tra istanze general-preventive fortemente punitive, espresse nelle legge dell’emergenza, *in primis*, il d.l. n. 152/1991 e successive modifiche, ed istanze special-preventive e di risocializzazione insite nella legge sull’ordinamento penitenziario, *ex lege* n. 354/1975 nonché successive modifiche (leggi Gozzini, n. 663/1986 e Simeone n. 165/1998) caratterizza la materia esecutiva ed, in tale quadro, notevolmente contraddittorio si inserisce l’intervento della Corte costituzionale. Sentenza fondamentale, nel riordino delle finalità a cui ispirare l’esecuzione penale, è data dalla n. 68/1995, in cui si prende espressa posizione circa il sistema di preclusioni oggettive di cui all’art. 4-*bis* ord. penit., sancendo che: “[...] essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l’intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l’applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, altrimenti, residuerebbe nel sistema null’altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento proprio dei valori costituzionali coinvolti”¹⁰⁸⁰.

Altra pronuncia significativa della Corte, la n. 137/1999 in materia di permessi premio, si salda profondamente al finalismo rieducativo, per cui “non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell’art. 27, con il precludere l’accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure”¹⁰⁸¹.

Finalismo rieducativo e naturale propensione alla flessibilità della pena si scontrano inevitabilmente con esigenze di difesa sociale che portano il legislatore a delineare un’esecuzione della pena differenziata a seconda del tipo di detenuto: alla fine degli anni ‘90 è possibile infatti individuare tre paradigmi esecutivi, uno per il detenuto “comune”, uno per il detenuto “socialmente pericolo” e un altro, per il detenuto

¹⁰⁸⁰ Cfr. Corte cost. 11 giugno 1995, n. 68. Cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, cit., p. 157.

¹⁰⁸¹ Cfr. Corte cost. 10 febbraio 1999, n. 137, per un commento cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, cit., pp. 155-156 con cui si è dichiarato incostituzionale l’art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore dell’art. 15, co. 1 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 conv. con modifiche nella legge 7 agosto 1992, n. 356 abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

“originariamente pericoloso”, ma “riqualificato verso la legalità” dalla propria condotta di collaborazione o da tangibili fattori indici di abbandono della precedente esperienza criminale¹⁰⁸². Proprio contro tale *tipizzazione* dell’esecuzione penale, si innesta l’intervento della Corte costituzionale: innumerevoli sono le pronunce di declaratoria di illegittimità costituzionale che hanno ridisegnato parzialmente l’art. 4-*bis* ord. penit., tra cui la già citata sent. n. 306/1993, per cui si dichiara l’incostituzionalità dell’art. 15, co. 2 d.l. n. 306/1992, con. in le. 356/1992, nella misura in cui prevede che la revoca delle misure alternative alla detenzione sia disposta anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei detenuti soggetti al regime dell’art. 4-*bis* ord. penit. con la criminalità organizzata (tra le altre, *in primis*, sent. n. 68/1995, n. 504/1995, n. 445/1997, n. 137/1999); oppure la sent. n. 186/1995 in materia di revoca della liberazione anticipata, *ex* art. 54, co. 3 ord. penit.; o, ancora, le sentenze n. 173/1997, in materia di detenzione domiciliare ai sensi dell’art. 47-*ter* ult. co. ord. penit.; n. 219/2004 sul divieto imposto ai recidivi reiterati di accedere a determinati benefici penitenziari; n. 274/1983, con estensione della finalità rieducativa anche ai detenuti condannati alla pena dell’ergastolo, *etc.*¹⁰⁸³.

Percorso che subito un’accelerazione esponenziale a seguito della già citata sentenza *Torreggiani e altri*, a partire dalle quale – per esigenze dettate in parte dalla mera necessità di operare una drastica deflazione carceraria e, quindi, una sensibile riduzione numerica della popolazione carceraria – il legislatore della riforma del d.l. n. 78/2013 ha portato avanti, con il superamento di numerose preclusioni soggettive di divieto di accesso alle misure alternative e/o ai benefici penitenziari e con l’eliminazione degli automatismi carcerari a carico dei recidivi reiterato; operazione ulteriormente sviluppata dalla Corte costituzionale con le recenti sent. nn. 105, 106 del 2014, nonché da ultima la n. 125 del 2016¹⁰⁸⁴.

Sul potenziamento del finalismo rieducativo, punta anche la recente iniziativa ministeriale degli *Stati generali dell’Esecuzione penale*: il gruppo di esperti parte da una

¹⁰⁸² Cfr. Corte cost. 23 aprile 1997, n. 173; Corte cost. 24 febbraio 2004, n. 219; Corte cost. 5 ottobre 1983, n. 274, per un riferimento cfr. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, cit., p. 157 ss.

¹⁰⁸³ La portata espansiva dell’art. 27, co. 3 Cost. si coglie anche sul sindacato di ragionevolezza delle cornici edittali delle pene, come da ultima nella sentenza 23 marzo 2012, n. 68 nella misura in cui la Corte costituzionale ha illegittimo l’art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità.

¹⁰⁸⁴ Cfr. Corte cost. 18 aprile 2014, nn. 105 e 106, nonché Corte cost. primo giugno 2016, n. 125.

premessa inconfutabile per la costruzione di un modello “costituzionalmente orientato” di esecuzione delle pene.

Se la Costituzione delinea lo statuto dell’esecuzione della pena, per cui quest’ultima non deve mai consistere, qualunque essa sia e per qualunque reato venga inflitta, “in trattamenti contrari al senso di umanità” (art. 27 co. 3, prima parte, Cost.); la privazione della libertà personale, inoltre, sia in esecuzione sia in sede di misura cautelare non deve mai tramutarsi in violenza fisica e morale sulla persona sottoposta a restrizione di libertà (art. 13 co. 4 Cost.), “ogni *vulnus* ai diritti inviolabili del condannato, che non derivi dalle restrizioni strettamente indispensabili per la privazione della libertà, ne offende la dignità e preclude *ipso facto* la possibilità che la pena possa svolgere la funzione rieducativa, essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto illecitamente umiliato nella sua la dignità di uomo”¹⁰⁸⁵.

Tale è il quadro costituzionale entro cui il legislatore è chiamato a muoversi in prospettiva *de iure condendo*: il fondamento di un’esecuzione costituzionalmente orientata è la premessa maggiore di ogni discorso sulla pena.

Data, quindi, la pre-condizione, si procede all’individuazione del contenuto che ad oggi dovrebbe assumere il finalismo rieducativo della pena:

(1) La prima implicazione del finalismo rieducativo concerne la valorizzazione dell’individuo, il quale deve essere sempre considerato come un uomo, libero e responsabile delle proprie azioni e scelte, ma come un mero mezzo di una storica e contingente strategia politica: l’individuo è infatti solo il fine di se stesso e delle proprie determinazioni, non il fine ultimo e strumentale di una politica criminale.

(2) La restrizione della libertà individuale non può comportare e né coincidere con una *capitis deminutio*, la quale, ai sensi della sen. n. 26/1999, “è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell’uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l’art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell’ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti [...], ma non sono affatto annullati da tale condizione”¹⁰⁸⁶;

¹⁰⁸⁵ Cfr. *Stati generali dell’Esecuzione penale, Documento finale. Parte generale*, consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19.

¹⁰⁸⁶ Cfr. *Stati generali dell’Esecuzione penale, Documento finale. Parte generale*, cit.

(3) Il principio rieducativo deve postulare l’offerta di *chances riabilitative*, che possano tradursi anche in una rimodulazione della pena – sia pur nei limiti posti dalle concorrenti funzioni retributiva e generalpreventiva, che peraltro si attenuano in fase esecutiva – in ragione delle scelte e dei comportamenti del condannato, secondo un progetto individualizzato di risocializzazione. Il tempo della pena non deve mai essere una sorta di *time out* esistenziale, ma un tempo di opportunità per un ritrovamento di sé e di un proprio ruolo sociale;

(3) Destinatario dell’offerta “trattamentale” deve essere un soggetto messo effettivamente nella condizione di fare scelte consapevoli e responsabili, secondo regole di vita quotidiana che consentano al detenuto di disporre degli strumenti essenziali e che siano il più possibile orientati verso l’esterno¹⁰⁸⁷;

(4) Il trattamento penitenziario deve essere rivolto a tutte le categorie sociali, essendo compito dello Stato – secondo una visione costituzionalmente orientata dal combinato disposto degli artt. 27, co. 3 e 3 Cost. – rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto le opportunità di risocializzazione del condannato, impediscono alla pena di svolgere la funzione che la Costituzione le assegna¹⁰⁸⁸;

¹⁰⁸⁷ Frustra irrimediabilmente qualsiasi finalità rieducativa, invece, un sistema che, per regole o prassi, produca forme di incapacitazione del soggetto che lo mettano in una situazione di mera soggezione passiva. Un sistema in cui il detenuto è sostanzialmente eterogestito, in larga misura privato degli strumenti di comunicazione e di conoscenza del mondo esterno (cellulare, video-telefonate, *internet*) destinatario di un approccio anche linguisticamente infantilizzante (domandina, spesino, scopino) o comunque estraneo al vocabolario dei liberi (mercede, porta vitto, lavorante) è condannato a rimanere infecondo dal punto di vista della risocializzazione, anche ove quel sistema contemplasse misure progressivamente restitutive della libertà. Sottoporrebbe il condannato, infatti, a spinte “schizofreniche”: da un lato, gli indicherebbe la strada per un graduale recupero della libertà, dall’altro opererebbe per renderlo inabile a percorrerla, procurandogli una sorta di analfabetismo sociale di ritorno, da spingerlo talvolta a preferire il più rassicurante, perché almeno più conosciuto, ambiente del penitenziario (c.d. *sindrome carceraria*), piuttosto che essere catapultato verso una libertà che non è o non gli appare da lui agibile.

¹⁰⁸⁸ Nessuna situazione soggettiva (tossicodipendente, immigrato, senza fissa dimora, *etc.*) o nessun tipo di reato commesso può costituire di per sé esclusione dalle opportunità di recupero sociale. Ciò non significa che il legislatore non possa prevedere presupposti più rigorosi per l’accesso alle misure alternative in ragione della natura del reato e della gravità della pena (ad es. che sia espiata una parte più consistente della pena o che sia verificata l’eventuale sussistenza di ancora attuali rapporti con la criminalità organizzata). Ma il diniego della misura non può mai dipendere dal solo titolo di reato della condanna in esecuzione, anziché dalla condotta del soggetto. Il percorso risocializzativo deve essere modulato sull’uomo e non sul fatto commesso. Non sono ammesse presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all’evoluzione psicologica e comportamentale del soggetto che la subisce. Postulati, questi, che debbono ritenersi impliciti nella funzione rieducativa assegnata alla pena dalla nostra Costituzione: quel dovere di “tendere” alla rieducazione significa che il risultato non deve mai essere né imposto, né certo, ma neppure deve essere mai ritenuto impossibile.

(5) Si deve ritenere che *il condannato sia titolare di un diritto alla rieducazione*, inteso quale diritto a che “verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo”.

In conclusione, si deve riconoscere al detenuto “il diritto alla speranza”, che in concreto si traduce in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali in vista di un proficuo, anticipato rientro nel consorzio civile¹⁰⁸⁹.

5.8. L'individualizzazione della pena. Un approccio costituzionalmente orientato di commisurazione della pena.

La valorizzazione del finalismo rieducativo, quale scopo primo ed indefettibile, a cui il sistema processual-penalistico deve necessariamente tendere, porta a legittimare una soluzione normativa dell'esecuzione penale (costituzionalmente avallata dal combinato disposto dell'art. 25, co. 2, 27, co. 3 e 13 Cost.) *fisiologicamente flessibile* e necessariamente plasmata sulla situazione concreta del detenuto, in una prospettiva di massima *individualizzazione della pena*¹⁰⁹⁰.

Se, da una parte, tale visione rappresenta la naturale evoluzione del portato costituzionale dell'art. 27, co. 3 Cost., secondo l'esegesi operata dalla Corte costituzionale, anche in ragione delle sollecitazioni sovranazionali sia di tipo giurisprudenziale (*id est: Torreggiani e altri c. Italia, in primis*) sia di natura normativa

¹⁰⁸⁹ Il diritto alla speranza non può essere negato neppure al condannato all'ergastolo, come ha di recente statuito anche la Corte di Strasburgo, incardinandolo sull'art. 3 Cedu: il sistema deve sempre prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione».

¹⁰⁹⁰ La *querelle* sulla funzione della pena ricade necessariamente sul momento commisurativo della pena: momento cruciale in cui il giudice, di fatto, dà vita al comando punitivo. Un margine di incertezza tra la previsione astratta e la pena comminata, prima, ed eseguita, poi, si ritiene sia inevitabile all'interno di un sistema costituzionale in cui non possa (e non debba) trovare legittimazione l'immutabilità e l'intangibilità (non tanto del giudicato) della pena. Gli ulteriori margini di incertezza ed ineffettività non rispondono alla prevalenza della funzione special-preventiva rispetto alle teorie retribuzionistiche (che di per sè, assicurarebbero il massimo grado di certezza, ma la cui operatività oltre a dimostrarsi ineffettiva sul piano della recidiva, si presenta poco garantista rispetto al singolo reo) o ad esigenze di prevenzione generale quanto all'inadeguatezza del modello processuale destinato ad accogliere gli esiti del diritto penale, che a sua volta, oltre a presentarsi avulso dal processo, non prospetta un adeguato ventaglio sanzionatorio a cui ricorrere in sede di comminazione concreta.

(*id est*: Regole penitenziarie europee, nonché, da ultime, le c.d. UN *Mandela Rules*), non si può negare come un eccessivo sbilanciamento del fulcro processuale in esecuzione accentui ulteriormente la discrasia tra la dimensione astratta della pena e la sua concreta attuazione, alimentando così la perdurante "crisi" dell'effettività del sistema sanzionatorio¹⁰⁹¹.

Lo scollamento tra le fasi della pena, tipicamente individuate nella previsione astratta, nella commisurazione giudiziale e nella concreta attuazione in esecuzione penale è evidente sotto molteplici profili, a partire, da una parte, dal rapporto tra previsione/commisurazione, dall'ampia discrezionalità concessa al giudice, ai sensi dell'art. 132 c.p.¹⁰⁹², nonché dall'assenza di un'indicazione di criteri finalistici a cui il giudice debba attenersi in sede di commisurazione giudiziale, ai sensi dell'art. 133

¹⁰⁹¹ Cfr. *ex multis* DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154 ss.; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, 1992, p. 419 ss.; MENGhini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., p. 9 ss.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.; TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 93 ss.

¹⁰⁹² Cfr. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34.; ID., *La commisurazione della pena*, cit., p. 154 ss.; ID., *La recidiva riformata. Ancor più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 513 ss. PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, *ivi*, 1980, p. 477; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, *ivi*, 1981, p. 25 ss.; ID., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 219; ID., *Doppio ambito editale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in (a cura di) Vassalli, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 229; ID., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, *ivi*, 1979, p. 1189; ID., *Prospettive di riforma*, in AA.VV., *Pene e misure alternative*, p. 415 ss.; ID., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 36; ID., *Sproporzione "irragionevole" dei livelli sanzionatori o sproporzione "irrazionale"?*, in *Giurisp. Costituz.*, 1997, p. 774; ID., *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 353; PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza - tassatività in materia penale*, *ivi*, 1991, p. 327 ss.; PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, *ivi*, 1981, p. 726; ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, *ivi*, 1990, p. 430; ID., *La riforma del sistema sanzionatori. Percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 95 ss.; ID., *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.; PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in Insolera-Mazzacuva (a cura di), *Introduzione al sistema penale vol. I*, Torino, 1997; ID., *Note sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penalità*, in *Delitti Pene*, 1994, (3), p. 157; PISA, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 667; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50; ID., *Capacità a delinquere e pena*, *ivi*, 1978, p. 3; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 273 ss.; ID., *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, 1971; ID., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici, in Evoluzione del diritto e della procedura penale 1945-1990*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991; VASSALLI, *Problemi generali di diritto penale*, (a cura di) Vassalli, Milano, 1982; ID., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penit. criminol.*, 1982, p. 437 ss.; ID., *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, 1958, p. 727.

c.p.¹⁰⁹³; dall'altra, chiari indici, di uno "scardinamento" delle dinamiche punitive, nel rapporto tra commisurazione/esecuzione, sono dati dai meccanismi, lato senso sospensivi/sostitutivi di cui dispone il giudice della cognizione, con cui sostanzialmente si "congela" l'esecuzione della pena ancora prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna (*id est*: sospensione condizionale della pena, specialmente nella versione "secca")¹⁰⁹⁴; medesimo risultato che si ottiene sul versante processuale, con il noto meccanismo di cui all'art. 656, co. 5 c.p.p. e l'intervento del tribunale di sorveglianza in una fase anticipata rispetto all'inizio dell'esecuzione¹⁰⁹⁵.

Ancora. Si sostiene come nell'attuale sistema processuale il definitivo momento commisurativo della pena non sia quello effettuato dal giudice della cognizione, ai sensi

¹⁰⁹³ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154 ss., il quale esclude espressamente che possa trovare legittimazione, all'interno della commisurazione della pena in senso stretto, la funzione general-preventiva, nella misura in cui essa, se tenuta in considerazione dal giudice nei confronti del caso concreto, inciderebbe negativamente, in senso peggiorativo, rispetto al limite massimo di colpevolezza individuale, per esigenze "irrazionali" dettata da bisogni collettivi di punizione (che trascendono dal concetto di colpevolezza per il fatto commesso). La funzione general-preventiva, come si è visto, può, tuttavia, rivestire un ruolo significativo in sede di previsione astratta da parte del legislatore: si è evidenziato come ciò che si "salva" della general-prevenzione è la sua componente positiva, laddove, però vi sia una corrispondenza effettiva tra la disapprovazione sociale corrisponda a quella legale, sulla base di una strategia di politica criminale che sia in grado realmente di ottenere il consenso partecipato della collettività. Nessuna legittimazione, invece, troverebbe la concezione retributiva, né a livello di fondamento della pena, né a livello di commisurazione della pena in senso stretto: Dolcini, così come buona parte della dottrina, tende a riqualificare il concetto di retribuzione con il principio di proporzione e/o proporzionalità. Cfr., sul punto, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 132 ss., nonché EUSEBI, *La pena in "crisi"*, cit., p. 152, per cui l'autore evidenzia la necessità di riqualificare il concetto stesso di proporzionalità, che deve essere correttamente inteso, non come espressione di un inesistente rapporto ontologico fra reato e pena", bensì esemplificazione del complesso dei fini perseguiti dal legislatore. L'autore prosegue, evidenziando che "Il riferimento alla proporzionalità in sede di commisurazione esige, dunque, la scelta dei parametri che siano significativi per modulare la gravità del reato in rapporto ai fini perseguiti dal legislatore"; il che, però, renderebbe necessario esplicitare i fini (che, in una visione di sistema dovrebbero essere gli stessi poi attuati dal giudice). cfr. EUSEBI, *La pena in "crisi"*, cit., p. 152, nonché DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 428; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 698; MOCCIA, *Principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1006 ss. Per un raffronto con la letteratura tedesca, cfr. HASSEMER, *Kennzeichen und Kreisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 ss.; ID., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, p. 439 ss.; WIEACKER, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin-New York, 1979, p. 867 ss.

¹⁰⁹⁴ Cfr., in tal senso, PULITANÒ, *Sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Aa. Vv.*, *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. Atti del XXIII Convegno di studio Enrico De Nicola, Milano, 2002, pp. 125-129, nonché MENGHINI, *Le sanzioni a contenuto interdittivo*, cit., p. 15.

¹⁰⁹⁵ Sul punto, cfr., per tutti, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 17 ss.; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20; CORBI-NUZZO, *Guida pratica dell'esecuzione penale*, cit., p. 12. Di recente, ipotesi avanzata, da DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna*, cit., p. 770, nonché da RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., pp. 12-13.

dell'art. 132 c.p. ss., quanto la fase deliberativa del tribunale di sorveglianza in materia di misure alternative; meccanismo che induce anche a sostenere come tale organo sia in grado di incidere qualitativamente sulla pena, in misura radicale (e opposta) rispetto alla previsione astratta (dalla pena detentiva a misura alternativa)¹⁰⁹⁶.

Un margine di adattamento del precetto astratto alla situazione concreta si presenta fisiologicamente inevitabile secondo una visione della responsabilità penale costituzionalmente orientata alla valorizzazione del principio di colpevolezza, così la possibilità di revisione in esecuzione della condanna subita rappresenta *un diritto a portata costituzionale del detenuto*, secondo l'attuazione del finalismo rieducativo, di cui all'art. 27, co. 3 Cost.¹⁰⁹⁷.

Paradigma flessibile che oggi contraddistingue in maniera significativa l'esecuzione della pena in forza della concezione della stessa quale rapporto di durata *in fieri* ed in continuo divenire, su cui il giudicato non esplica la stessa “forza” o autorità di cosa giudicata rispetto all'accertamento; giudicato che in sede di esecuzione penitenziaria non solo si manifesta con un'intensità minore, ma come fenomeno qualitativamente diverso, atteso che la misura alternativa risulta irrevocabile solo formalmente (quale provvedimento di applicazione da parte del tribunale di sorveglianza), ma non nel suo contenuto, essendo essa stessa soggetta a revoca al venire meno dei requisiti costitutivi¹⁰⁹⁸.

L'esigenza di un bilanciamento tra il recupero dell'effettività del sistema sanzionatorio penale e il mantenimento (se non il potenziamento) della flessibilità dell'esecuzione ha portato la dottrina a ripensare, in una prospettiva *de iure condendo*, alla strutturazione del processo penale secondo il modello bifasico, in cui la commisurazione giudiziale della pena rivesta un ruolo cruciale¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Su tali incongruenze del sistema già si è ampiamente detto: sul punto, cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 707; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 10, nonché VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 321.

¹⁰⁹⁷ Suggestione sottolineata a più riprese, anche di recente, dal gruppo di studiosi facenti capo al progetto ministeriale degli *Stati Generali dell'Esecuzione penale*, di cui si è detto sopra, cfr., p. 321.

¹⁰⁹⁸ Cfr. KALB, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, cit., p. 254, nonché LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 230; GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative nell'ordinamento penitenziario; profili processuali*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., p. 120; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza penale*, cit., p. 225 ss.

¹⁰⁹⁹ Tra i penalisti tale modello viene sostenuto in modo espresso e rappresentato analiticamente da RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 133 ss., nonché da Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 314 ss.; sul versante processuale, invece, si segnalano, *in primis*, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale*

Dal punto di vista “sostanziale” della funzione della pena, è evidente che il potenziamento del finalismo rieducativo in esecuzione, la cui tensione attuativa risulta un imperativo costituzionale *ex art. 27, co. 3 Cost.*, crea un’inevitabile frattura rispetto al momento commisurativo della pena, nella misura in cui il giudice discrezionalmente, in assenza di linee guida del legislatore in fatto di ordine dei criteri finalistici, predilige in concreto altre esigenze (diverse dalla special-prevenzione), orientate, *in primis*, verso la realizzazione di istanze collettive di criminalizzazione (anche, verso la pena esemplare), proprie della componente negativa della funzione general-preventiva, nei cui confronti, peraltro, il limite garantistico della colpevolezza non riesce ad esprimere una reale efficacia di contenimento della risposta punitiva sul singolo¹¹⁰⁰.

Frattura che potrebbe essere ricondotta all’interno di un margine di fisiologica difformità tra la pena comminata ed eseguita, tramite l’affermazione (o, quanto meno, alla rinuncia definitiva di una sua contestazione)¹¹⁰¹ della funzione special-preventiva

dell’esecuzione, cit., p. 8, nonché CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., p. 139; COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 105; CONSO, *Prime considerazioni*, cit., p. 706; GAITO, *Poteri di integrare il merito “post rem iudicatam”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1322; GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giustizia penale*, 1976, I, c. 161 ss.; KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, p. 391 ss.; MIELE, *Per una strutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Giusto processo*, 1992, p. 97 ss.

¹¹⁰⁰ Sul ruolo non garantistico del limite della colpevolezza, si è già detto. Si esprime, in tale direzione, *in primis*, EUSEBI, *La pena “in crisi”*, cit., p. 145 ss.; ID., *La nuova retribuzione*, cit., p. 925 ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 68-69, per cui la colpevolezza avrebbe un ruolo “ambiguo”: “Da un lato, sembra imporre [...] la centralità dell’interesse per l’individuo nella strategia preventiva, in quanto impedisce che l’autore di un accadimento concreto previsto come reato possa essere sottoposto a pena anche nel caso in cui non risulti rimproverabile, venendo asservito, ove ciò accada, a supposte esigenze di esemplarità o difesa sociale. Dall’altro lato, quando non si ritengono presenti i requisiti che consentono di giungere a escluderne la configurabilità giuridica – e a escludere, in particolare, l’imputabilità – proprio il ritenuto sussistere della colpevolezza finisce per legittimare l’irrelevanza dell’individuo nella configurazione della risposta al fatto illecito”. Per la letteratura tedesca, cfr., *in primis*, FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von H-J Bruns e F. Pallin*, in *Zeitschrift für Wissenschaft*, 1987, p. 362 ss.

¹¹⁰¹ Emblematiche sono le parole di Pavarin, in tal senso: «Lo scopo della special-prevenzione fonda la sua plausibilità “logica” ancor prima che “politica” subordinatamente ad una premessa maggiore: se lo Stato sociale di diritto persegue il fine della integrazione sociale, allora anche la pena deve (perché logicamente può) essere risocializzante. Ma se all’agenda politica della post-modernità ad imperare è la finalità dell’esclusione sociale, come è possibile sostenere che, ciò nonostante, il sistema penale debba (quanto “logicamente” non può) perseguire il fine della reintegrazione sociale?». cfr. PAVARINI, *Silite poenologi in munere alieno!*, cit., p. 21. Per certi versi, a dir il vero, un minimo di cambiamento si sta registrando, da parte della sensibilità politica, anche se non in maniera generalizzata e sufficientemente approfondita, si deve dare atto dell’affermarsi una strategia di tipo risocializzante, o comunque, comprensiva, anche di momenti riabilitativi (o che dovrebbero essere tali), con l’introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova, *ex artt. 168-bis c.p.p.* (nonostante una parte della dottrina ritenga come la strada verso il paradigma della *restorative justice* sia molto lontano, cfr., *in primis*, BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, cit., p. 25 ss.) la

come unico criterio finalistico della commisurazione della pena in senso stretto e fondamento della pena stessa¹¹⁰²: all'interno, infatti, della categoria della “special-prevenzione” possono annoverarsi molteplici modalità e tecniche di realizzazione del fine special-preventivo, da una componente più propriamente afflittiva e punitiva (tipica del diritto penale classico) della neutralizzazione (*id est*: la cui prevalenza è evidente nella pena dell'ergastolo ovvero nel regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.), alle diverse componenti di tipo positivo, dalla mera intimidazione alla vera e propria risocializzazione (e, con tale ultimo termine, è possibile indicare l'insieme degli strumenti riabilitativi, riparatori e di risarcimento del danno o della mediazione penale)¹¹⁰³.

Quanto più si enfatizza la componente positiva della funzione special-preventiva tanto più il percorso rieducativo in esecuzione si configura come una prosecuzione graduale di un “progetto” iniziato in sede processuale e portato avanti in sede esecutiva, sulla base di un margine inevitabile di flessibilizzazione e di mutamento della pena, a seconda del progredire del grado di partecipazione del detenuto a tale progettualità, durante l'espiazione della pena (maggiore o minore rispetto al dato di partenza della

cui *ratio* è evidentemente di tipo special-preventivo positivo, cfr., *ex multis*, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 661; nonché, FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit., p. 63. Si possono citare inoltre molte delle riforme che sono seguite negli ultimi anni in ambito penitenziario sia ad opera del legislatore (si pensi, alle modifiche in punto di detenzione domiciliare o di affidamento in prova ai servizi sociali) così come da parte della Corte costituzionale (si veda, *in primis*, la costante presa di posizione rispetto alle preclusioni del meccanismo sospensivo dell'esecuzione verso i recidivi).

¹¹⁰² In tal senso, cfr. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1188, per cui si ritiene che l'unico fine della pena giudiziale sia di tipo special-preventivo: “*I fini della pena applicata, infatti, sono di realizzare (possibilmente) o comunque di non superare una proporzione col fatto (esigenza di giustizia o equità) e con la colpevolezza per il fatto (esigenza d'individualizzazione), e di tendere alla risocializzazione/non desocializzazione del condannato (finalità di prevenzione speciale positiva), correggendo la necessaria strumentalizzazione di beni personali (e dunque della persona) del condannato rispetto ad altri incommensurabili, e l'utilizzo dell'uomo singolo per fini generali (anche se a protezione dei diritti di tutti), che in astratto già si è (o si sia) consumata con la prevenzione generale*”. In sede applicativa, secondo l'autore il fine della pena può essere solo individuale, e dunque special-preventivo.

¹¹⁰³ Cfr., *ex multis*, in tal senso, PAVARINI, *Silite poenologi in munere alieno!*, cit., p. 21; nonché DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154. Così anche EUSEBI, *Ripensare alle modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 2, p. 4938 ss.; ID., *Riparazione e riconciliazione nel diritto penale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2007, fasc. 2, p. 269 ss.; ID., “*Cautela poenam*”, in *Riv. it. proc. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 469 ss.; ID., *Lettera Papa Francesco ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, *ivi*, 2014, fasc. 2, p. 1019 ss.

sentenza di condanna)¹¹⁰⁴. In tale prospettiva, la discrasia tra pena comminata ed eseguita, non solo dovrebbe rientrare nei margini di tollerabilità sul piano dell'effettività

¹¹⁰⁴ Del resto, l'idea della pena come "progetto" cucito sul singolo si rinviene nella dottrina già dagli anni '90, con i lavori di Eusebi. Importanti suggestioni sono state svolte dall'autore, anche in occasione del Convegno "*Il sistema sanzionatorio penale tra riforme in atto e prospettive evolutive*", svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, dal 16 al 17 ottobre 2014. Durante la sua relazione, l'autore, ricordando il proprio lavoro, intitolato "*La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*", in cui introduceva già il concetto di giustizia riparativa. Eusebi ricorda come, se negli anni '90 fosse inaudito trattare della giustizia riparativa, oggi è divenuta una sorta di *slogan* socio-culturale con cui si pensa di risolvere facilmente la crisi del sistema sanzionatorio penale. Il tentativo di collocare la giustizia riparativa all'interno degli schemi tradizionali del diritto penale di esprimersi, quindi, non solamente, in termini di semplice abolizionismo – è un procedimento alquanto complesso ed è tutt'ora un filone interpretativo marginale e poco battuto. L'autore aveva richiamato l'attenzione su di un nodo cardine del sistema sanzionatorio penale, così come viene tradizionalmente inteso, ossia la costante identificazione da parte del legislatore della *gravità del reato rispetto alla durata della pena detentiva*: una simile costruzione analogica (e, fortemente devota all'idea retributiva) si registra poi anche in sede commisurativa da parte del giudice. Con la quantificazione della pena si avrebbe anche l'individuazione del corrispettivo della gravità del reato. Se ne ricava, quindi, che la pena non viene intesa come "progetto" costruito sul condannato, con riguardo anche alla sua personalità ed al suo personale percorso sanzionatorio e penitenziario, ma rappresenta, piuttosto, un intervento aritmetico (quasi "chirurgico") rispetto alla frattura che il reato ha provocato. La gravità del reato verrebbe, pertanto, ad assumere una connotazione meramente aritmetica che coincide con la durata della pena detentiva individuata in astratto dal legislatore e stabilita in concreto dal giudice. Se si muove dal presupposto per cui la pena equivalga al corrispettivo del reato, ogni volta in cui il legislatore intervenga con la previsione di strumenti alternativi rispetto alla comminatoria della pena, ciò verrà percepito come una rinuncia a perseguire la pretesa punitiva da parte dello Stato e, quindi, verrà inteso come un qualcosa di ingiusto ed innaturale rispetto allo schema tipico pena-corrispettivo del reato. In prospettiva *de iure condendo*, secondo il relatore, è necessario, quindi, superare il modello della pena come corrispettivo del reato ed orientarsi, invece, verso l'idea della pena come "progetto". Per fare ciò è indispensabile prendere le distanze da due impostazioni, ormai desuete: la prima fa riferimento alla convinzione per cui la pena assuma connotati rieducativi esclusivamente in sede di esecuzione, esplicitando una funzione più squisitamente retributiva e general-preventiva in sede legislativa e commisurativa; la seconda, invece, concerne l'idea del *diritto penale minimo* che, secondo il relatore, è stata foriera di costanti contraddizioni e fallimenti. Diviene, inoltre, fondamentale prendere coscienza dei difetti e delle contraddizioni che affiggono l'attuale modello del corrispettivo reato/pena. Un'altra questione strettamente legata all'impostazione tradizionale della pena-corrispettivo concerne l'annosa problematica della discrezionalità giudiziale. Secondo Eusebi, la discrezionalità giudiziale è connaturale e strutturale all'ordinamento giuridico: negli ultimi decenni, si è assistito, però, a delle tendenze giurisprudenziali che stanno assumendo le caratteristiche di pericolose derive verso l'arbitrio giudiziario. La soluzione, secondo l'autore, starebbe nel ripensare il rapporto tra la funzione legislativa e quella giudiziaria, rivedendo, di conseguenza, la relazione tra legislatore e giudice. Una riflessione intorno al rapporto tra legislatore e giudice conduce necessariamente a rimeditare il ruolo stesso del giudice, in particolare modo, del *giudice della cognizione*: se, infatti, *la pena dovrebbe assurgere a dimensione progettuale* non ha più senso mantenere una netta cesura tra il momento della cognizione e quello della esecuzione; molto più comprensibile sarebbe, invece, poter pensare ad un giudice della cognizione che possa delineare i tratti (iniziali) del trattamento sanzionatorio. In tale nuova dimensione, quindi, si potrebbe ragionare in termini di progetto e di programma trattamentale, in cui le sanzioni diverrebbero di natura prescrittiva ovvero interdittiva; si potrebbero prospettare nuove forme di definizione anticipata del processo e si potrebbe pensare agli strumenti di giustizia riparativa ad ampio raggio. La pena detentiva, di conseguenza, potrebbe essere pensata esclusivamente per i casi in cui vi sia un concreto pericolo di reiterazione di reati di particolare gravità ovvero il suo ricorso risulti essere necessario quale strumento di rottura dei legami del detenuto rispetto alla criminalità organizzata. Cfr., *in primis*, EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive in riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1993, p. 493 ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma e rifondazione della politica criminale*, *ivi*, 2002, p. 76 ss.; ID., voce *Pena*

del sistema, ma la stessa fenomenologia della pena, che si staglia lungo le maglie del processo, diviene un *continuum*, un percorso, non necessariamente punitivo (*rectius*, afflittivo), “cucito” interamente sul singolo condannato, protagonista assoluto del diritto penale in concreto. Tale paradigma, non solo risulta fortemente auspicabile, in un’ottica *de iure condendo*, ma potrebbe dirsi fattivamente realizzabile, solo laddove la fattispecie da applicarsi al caso concreto lasci intravedere la possibilità di far prevalere, in sede commisurativa, la componente positiva della funzione special-preventiva¹¹⁰⁵.

In altri termini, la finalità special-preventiva può assurgere a criterio finalistico prevalente in sede commisurativa (e, quindi, a fine primario della pena), nella misura in cui tale preminenza le venga accordata anche dal legislatore stesso, quale indice di una

criminale, in Cassese (dir.), *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, 2006, p. 4190 ss.; ID., *Ripensare alle modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, cit., p. 4938 ss.; ID., *Riparazione e riconciliazione nel diritto penale*, cit., p. 269 ss.; ID., “*Cautela poenam*”, cit., p. 469 ss.; ID., *Lettera Papa Francesco ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell’Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III dell’Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, cit., p. 1019 ss.

¹¹⁰⁵ Ciò che sul piano teorico, si intravede nell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Sul punto, anche di recente, sono intervenute le già citate Sezioni Unite, n. 32672 a puntualizzare la *ratio* dell’istituto, secondo un’interpretazione sia di tipo letterale sia storica (in ragione, dei lavori parlamentari che hanno condotto all’emanazione della legge n. 67/2014). Allo stesso tempo, però, la Cassazione riconduce chiaramente il nuovo istituto all’interno degli schemi del diritto penale classico, considerando la “messa alla prova” come una sanzione (a contenuto afflittivo) a tutti gli effetti. Una contraddizione in termini si rinviene nella stessa disciplina delineata dal legislatore: ai sensi dell’art. 657-bis c.p.p., infatti, il legislatore è chiaro nel considerare il periodo di prova fallito (per revoca della stessa) quale periodo di pena da scomputare ai fini del calcolo effettivo della pena da espiare, tra le competenze del pubblico ministero. La sospensione della messa alla prova è, quindi, riconducibile al modello riabilitativo positivo e non riparativo: un indice può essere individuato nella circostanza per cui l’istituto non è ad applicazione generale, ma rimane ancorata ad una soglia di gravità del fatto (che, in ragione delle Sezioni Unite citate sopra, non si riferisce più solo al limite edittale della pena di anni quattro di reclusione ma potrà essere applicata anche di ipotesi punibili in concreto con pene più elevate, non dovendosi computare ai fini della pena edittale le circostanze aggravanti, anche ad effetto speciale); ovvero dalla circostanza per cui lo svolgimento dei lavori di pubblica utilità è obbligatoria (quale prescrizione sanzionatoria riabilitativa) e l’ammissione a tale istituto rimane ancora vincolato alla discrezionalità del giudice, il quale, proprio in ragione della gravità del fatto può rigettare l’istanza dello stesso. Il ruolo del consenso dell’autore del reato a iniziare un procedimento di responsabilizzazione alternativo rispetto all’accertamento processuale e alle dinamiche punitive rimane ancora fortemente delimitato e circoscritto all’interno di un istituto che ha ancora la natura di trattamento sanzionatorio. In tale direzione, del resto, la dottrina maggioritaria, tra cui, cfr. BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit.; ID., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 661 ss.; ID., *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell’adulto*, in *Giur. it., Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, 2015, p. 5 ss.; BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato*, cit., p. 25; BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit.; ID., *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, cit.; CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell’esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit., p. 510 ss.; CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio*, cit., p. 12 ss.

scelta di politica criminale¹¹⁰⁶. Il *trade union* tra politica criminale (e, quindi, di un suo necessario rinnovamento) e commisurazione giudiziale della pena è uno snodo fondamentale ai fini della tenuta complessiva del sistema, soprattutto in relazione all'eccessiva (ed indiscriminata) discrezionalità del giudice (che, non necessariamente, si rivela a beneficio delle istanze garantistiche della colpevolezza individuale del condannato)¹¹⁰⁷.

I benefici di un profondo ripensamento delle strategie di politica criminale si percepirebbero anche sul piano della prevenzione generale in termini di partecipazione e di consenso, nella misura in cui si tende a costruire un diritto penale volto all'inclusione (e, non più, all'esclusione e marginalizzazione) del condannato, il quale viene, quindi, ad essere il destinatario (non meramente passivo) di una vasta gamma di modalità e di tecniche sanzionatorie, più o meno afflittive, ovvero anche riabilitative¹¹⁰⁸.

Al modello special-preventivo, ancorato comunque al diritto penale classico (e, cioè, agli schemi punitivi, anche se letti in un'ottica positiva di risocializzazione)¹¹⁰⁹,

¹¹⁰⁶ Cfr. PAVARINI, *Silete poenologi in munere alieno!*, cit., p. 21; nonché DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154.

¹¹⁰⁷ Cfr., *in primis*, EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., p. 145 ss.; ID., *La nuova retribuzione*, cit., p. 925 ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 68-69. In lavori più recenti, cfr. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, fasc. 2, p. 81 ss.; ID., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1307 ss.; ID., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, p. 467 ss.; ID., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 11, p. 1333 ss.

¹¹⁰⁸ Si ritiene, quindi, di collocare il paradigma della *restorative justice* al di fuori del diritto penale classico (fondato cioè sul modello di corrispettivo gravità del fatto/colpevolezza/*quantum* di pena) e, quindi, al di fuori del paradigma special-preventivo per non rischiare di ridurla ad una mera tecnica riabilitativa positiva.

¹¹⁰⁹ I riferimenti bibliografici sono pressoché infiniti, tra cui BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione giustizia*, n. 4/1995, pp. 887-915; BOUCHARD, *Spunti di riflessione per un diritto penale mite*, ivi, n. 2/2001, pp. 207-221; CIAPPI-COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento a confronto*, Milano, 1997; CORRERA-MARTUCCI, *Elementi di criminologia*, Padova, 1999; DE LEO, *L'interazione deviante*, Milano, 1981; DE LEO-SCARDACCIONE, *Esperienze di riconciliazione vittima – autore del reato ed ipotesi di applicabilità nel processo penale minorile*, in AA.VV. *Tutela della vittima e mediazione penale* (a cura di) Ponti, Milano, 1995; ESPOSITO E., *Per una nuova cultura del conflitto tra giurisdizione, riconciliazione e riparazione: una lettura psicosociale del decreto legislativo 28/08/2000 n. 274*, in *Diritto&Diritti*, Gennaio 2001, pp. 1-4; GARENA, *Una riflessione sul modello riparativo finalizzata allo sviluppo della comunità*, in *Minori e giustizia*, n. 2/1999, pp. 51-60; GATTI-MARUGO, *Verso una maggior tutela dei diritti delle vittime: la giustizia ristorativi al vaglio della ricerca empirica*, in *Rassegna italiana di Criminologia*, n. 4/1992, pp. 487-509; MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, (a cura di) Lombardi-Vallauri, in *Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1990, p. 1245 ss.; ID., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti-Spangher, (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 139-220; ID., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale*

dovrebbe essere affiancato il paradigma riparativo della *restorative justice*¹¹¹⁰, quale prospettiva *ulteriore e alternativa* (ma, allo stesso tempo, *complementare*) rispetto al *binomio processo/pena: una forma diversa* di risoluzione del “dramma penale” che ponga al centro non solo il reo (*rectius*, l’autore del fatto illecito e riprovevole), ma anche la vittima e la collettività stessa¹¹¹¹.

Una modalità alternativa alla penalità che come tale dovrebbe essere garantita in tutte le fasi della fenomenologia punitiva, dalla fase processuale (e, anzi, *ante* processo,

incontro alla democrazia, in Marchetti-Mazzucato, *La pena ‘in castigo’. Un’analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006, pp. 3-135; MESTITZ-COLAMUSSI, *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori e giustizia*, n. 2/2000, pp. 223-257; MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l’esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minori e giustizia*, n. 2/1999, pp. 86-98; PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, Padova, 1998; PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in AA.VV., *La sfida della mediazione* (a cura di) Pisapia-Antonucci, Padova, 1997.

¹¹¹⁰ La nozione di giustizia riparativa (*restorative justice*) è contenuta nei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, elaborati dalle Nazioni Unite: “La giustizia riparativa è qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall’illecito, generalmente con l’aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [*conferencing*] e i consigli commisurativi [*sentencing circles*]”. Cfr. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in Criminal Matters* adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, § 1 (2). Definizione ulteriormente precisata, in seno alla Direttiva 29/2012/UE; per cui per “giustizia riparativa” si intende “qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale”. Si veda, altresì, la Raccomandazione R (2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole del Consiglio d’Europa in materia di *probation*, la giustizia riparativa, in cui si riporta che “La Giustizia riparativa comprende approcci e programmi basati su diversi postulati: a. la risposta portata al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima; b. occorre portare gli autori di reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; gli autori di reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni; c. le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l’autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato; d. la comunità è tenuta a contribuire a tale processo”. Cfr. Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle “Regole del Consiglio d’Europa in materia di *probation*”, adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010 nel corso della 1075° riunione dei Delegati dei Ministri. Si ritengono rilevanti, sempre sul piano definitorio, Sono altresì rilevanti, le linee-guida per la *Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe*, dove si fa ancora una volta riferimento ai *restorative justice processes* (inclusa la mediazione) che possono servire come alternativa alla giustizia tradizionale. Cfr., sul punto, ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990, p. 31; NEWELL, *Forgiving Justice. A Quaker Vision for Criminal Justice*, Quaker Books, London, 2007; BARNETT, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, in *Ethics*, 87 (4), pp. 279-301.

¹¹¹¹ Cfr., *ex multis*, MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in Così-Foddai, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003, p. 170; nonché VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, (a cura di) Venafro-Piemontese, *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 12 ss.

inteso in termini tecnici)¹¹¹², alla fase esecutiva: il perno della disciplina dovrebbe essere interamente incentrato sul consenso delle parti, autore e vittima, in cui lo Stato (*rectius*, pubblica accusa e giudice) ovvero tutti gli operatori coinvolti (*id est*: mediatori, enti pubblici, *etc.*) fungano, invece, da meri compartecipi terzi e imparziali, quali garanti della regolarità formale delle procedura instauratasi¹¹¹³.

Incentrando il paradigma riparativo interamente sul consenso delle parti, è evidente come esso debba basarsi su presupposti diversi dagli elementi tipici del diritto penale classico: non dovrebbe, quindi, riproporsi l'equazione tra gravità del fatto, colpevolezza e pena¹¹¹⁴. Nella misura in cui, invece, non sussista la disponibilità delle parti ad accedere ad un *iter* diverso dal modello "punitivo", dovrebbe applicarsi, in ogni caso, il paradigma special-preventivo (e, quindi, in una certa misura, che poi verrà esemplificata, ancora un diritto penale incentrato sul binomio gravità del fatto e colpevolezza). Non solo. Il paradigma special-preventivo e, con esso la vasta gamma di tecniche "punitive", dovrebbero essere garantiti rispetto a fattispecie di elevata gravità che, ancora oggi, sono punite in astratto con la pena dell'ergastolo e/o con pene detentive di lunga durata: non toglie che, anche rispetto a tali delitti, sia ipotizzabile un recupero del modello riparativo in esecuzione, in corso di espiazione della pena, in caso di partecipazione positiva al percorso trattamentale da parte del singolo detenuto.

Il substrato dogmatico non potrebbe avere alcun effetto sulla commisurazione della pena giudiziale se non nella misura in cui al dato sostanziale si unisca una riflessione processuale. Un modello processuale adeguato si rivela il *quid pluris* rispetto a qualsiasi considerazione dogmatica sulla funzione della pena, perché comporta necessariamente un rinnovamento politico (*rectius*, culturale) della penalità, in una prospettiva univoca, di strategia legislativa criminale (*id est*: codice di politica criminale)¹¹¹⁵. Le proposte della dottrina sono di vario tipo, distinguendosi in due grandi

¹¹¹² Cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 100 ss.; MANNOZZI-LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 152 ss.; EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, fasc. 1, p. 33 ss.

¹¹¹³ Cfr. CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in (a cura di) Scaparro, *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, p. 307 ss.

¹¹¹⁴ In tal modo si esprime, EUSEBI, *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 69; in tal senso, anche ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 493 ss.

¹¹¹⁵ Di "codice di politica criminale" nel parla EUSEBI, in *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 64 ss.; valgono, ad ogni modo, le considerazioni svolte in precedenza sul metodo di tipo *trans-azionale* della scienza penalistica.

categorie: da un parte, infatti, si collocano le sollecitazioni dirette a ripensare la struttura del processo monofasico, potenziando il momento commisurativo della pena, quale fase autonoma e successiva, rispetto all'accertamento della colpevolezza¹¹¹⁶; dall'altra, si schierano suggerimenti diretti alla posticipazione (non, però, *tout court*) della commisurazione della pena in sede esecutiva, vincolata ed diretta dalla quantificazione oggettiva della colpevolezza da parte del giudice della cognizione¹¹¹⁷.

Si è ritenuto come entrambe le proposte siano degne di essere considerate, in una prospettiva di riforma complessiva del sistema punitivo, che tengano conto sia della dimensione processuale sia del diritto sostanziale. In entrambe le ipotesi, un ruolo cruciale è destinato alla *fase della commisurazione della pena*¹¹¹⁸: nel primo caso, il giudice della cognizione è chiamato ad individuare il trattamento sanzionatorio da applicare al caso concreto, nel pieno rispetto del principio di colpevolezza e avendo a disposizione strumenti ed esperti che gli consentano di svolgere un'approfondita indagine personologica dell'imputato, direttamente funzionale all'esecuzione della pena (secondo un giudizio, in quel momento meramente prognostico, che possa poi essere confermato e/o modificato o revocato in sede di esecuzione), quale inizio di un percorso progettuale costruito sul singolo; anche nel secondo caso, il principio di colpevolezza funge da guida quale criterio supremo di individuazione “oggettiva” della responsabilità, a cui vincolare il giudice dell'esecuzione in sede di determinazione della pena; la peculiarità di quest'ultima proposta risiede nel fatto che il momento commisurativo non solo avvenga in un'apposita udienza a ciò destinata, ma sia svolta

¹¹¹⁶ Cfr., sul punto, RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 133 ss., nonché da Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 314 ss.; sul versante processuale, invece, si segnalano, *in primis*, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 8, nonché CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., p. 139; COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 105; CONSO, *Prime considerazioni*, cit., p. 706; GAITO, *Poteri di integrare il merito “post rem iudicatam”*, cit., p. 1322; GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, cit., c. 161 ss.; KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, cit., p. 391 ss.; MIELE, *Per una strutturazione bifasica del processo penal: brevi riflessioni*, cit., p. 97 ss.

¹¹¹⁷ Cfr. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative nell'ordinamento penitenziario; profili processuali*, cit., p. 120; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza penale*, cit., p. 225.

¹¹¹⁸ Cfr. GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, cit., c. 16, nonché KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, cit., p. 391 ss.; MIELE, *Per una strutturazione bifasica del processo penal: brevi riflessioni*, cit., p. 97 ss.

direttamente dal giudice dell'esecuzione, una volta intervenuto il giudicato sulla sentenza dichiarativa di condanna in punto di responsabilità¹¹¹⁹.

Tale scelta si giustifica in forza dell'avvenuta definitiva recessione del dogma del "mito del giudicato", di cui ampiamente si è discusso: se, infatti, non si può parlare di un giudicato, con la stessa pregnanza e autorità di cosa giudicata *in punto pena*, ecco allora che si ritiene più opportuno separare la fenomenologia della pena, quale fenomeno distinto *qualitativamente* dall'accertamento processuale, isolandola nella fase normativa a ciò adibita, ovverosia nell'esecuzione della pena, secondo l'idea di un rapporto esecutivo continuativo che abbisogna fisiologicamente di un perdurante controllo del percorso trattamentale raggiunto e della costante verifica della rispondenza della pena inflitta agli *standard* costituzionali della legalità, equità e ragionevolezza¹¹²⁰.

Il giudicato diviene dunque *discrimen* essenziale per l'opzione della collocazione della determinazione della pena in sede esecutiva: se, infatti, tale proposta è in grado di cogliere perfettamente il mutamento normativo e giurisprudenziale che si orienta sempre più nel delineare un giudicato (*tendenzialmente*) assoluto solamente con riguardo all'*an* della responsabilità penale ed un giudicato fisiologicamente "aperto" sulla pena, riportando la *ratio* del processo ad una dimensione elementare di conferma o smentita dell'accusa penale, dall'altra, comporterebbe degli allungamenti processuali¹¹²¹, che, per quanto siano giustificati da un'esigenza primaria di individualizzazione della pena sul condannato, dovrebbero essere temperati da una differenziazione dell'*iter* processuale su più stadi preliminari a cui l'imputato possa accedere per risolvere il proprio procedimento in modo alternativo, potenziando, ad esempio gli strumenti di "devoluzione processuale" o di giustizia riparativa, residuando, invece, in *extrema ratio*, l'ultimo stadio dell'accertamento conclusivo della

¹¹¹⁹ Cfr. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., p. 139; COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 105; CONSO, *Prime considerazioni*, cit., p. 706; GAITO, *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, cit., p. 1322; GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, cit., c. 161 ss.;

¹¹²⁰ Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 314 ss., nonché CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 17 ss; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20; CORBI-NUZZO, *Guida pratica dell'esecuzione penale*, cit., p. 12. Di recente, cfr. altresì DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna*, cit., p. 770, nonché RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., pp. 12-13.

¹¹²¹ Soprattutto nella misura in cui o si postula una sentenza dichiarativa di condanna immediatamente esecutiva in ordine alla sua idoneità a costituire titolo per la successiva fase o si dovrebbe attendere l'esaurimento delle impugnazioni, che, in un'ottica di riforma, dovrebbe necessariamente subire una drastica revisione.

responsabilità per le ipotesi che si presentino idonee (dal punto di vista dalla gravità del fatto e dalla tipologia dell'autore in concreto) ad essere eseguite nella seconda fase; opzione la cui attuazione non solo può essere immaginata in tempi lunghi e non prevedibili, ma che comporta necessariamente un rinnovamento culturale del diritto penale stesso e del suo accertamento in sede processuale¹¹²².

Entrambe le ipotesi, in ogni caso, richiedono un necessario, quanto inevitabile coordinamento con l'esecuzione penale: non si può immaginare una riforma dell'assetto processuale, con un parallelo e doveroso ampliamento del ventaglio sanzionatorio, senza coordinare tali sforzi con l'esecuzione penale, frustrando, quindi, qualsiasi possibilità di esito positivo delle riforme in termini di effettività, efficienza e tenuta complessiva di un sistema punitivo innovativo che in esecuzione andrebbe a perdersi nei meandri delle incoerenze e contraddizioni normative¹¹²³.

Un simile rinnovamento comporterebbe anche delle precise scelte di politica criminale operate a monte dal legislatore per selezionare le fattispecie di reato che richiedono necessariamente un *iter* (obbligatorio) suddiviso in più tempi, mentre residuando nella generalità dei casi la scelta di tale opzione quale possibilità ulteriore del giudice e/o delle parti nel caso in cui il caso concreto abbisogni di ulteriori indagini di tipo personologico da effettuarsi sull'imputato; in tale ottica, verrebbero escluse tutte le altre fattispecie di minore gravità i cui procedimenti penali potrebbero essere devoluti in un unico momento decisivo, sempre in un'ottica di favorire la devoluzione processuale della criminalità “bagatellare” a forme alternative e anticipate di risoluzione¹¹²⁴.

5.8.1. (Segue) *La scissione della graduazione della colpevolezza.*

Tentando di calare il modello riabilitativo all'interno dello schema processuale bifasico, è evidente che la commisurazione della pena divenga la sintesi di un delicato ed articolato “procedimento pluridimensionale di valutazioni”, indispensabili per

¹¹²² Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 314 ss.

¹¹²³ Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale*, cit., p. 707; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 10, nonché VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit. p. 321.

¹¹²⁴ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 17 ss.; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 20; CORBI-NUZZO, *Guida pratica dell'esecuzione penale*, cit., p. 12.

giungere ad una corretta (ed iniziale) *individualizzazione della risposta sanzionatoria* (non necessariamente punitiva) costruita sul singolo condannato in un'ottica di progettualità verso l'esecuzione. Se la funzione special-preventiva diviene (o dovrebbe diventare tale) il criterio finalistico preminente in fase commisurativa¹¹²⁵, è fondamentale chiarire il ruolo assunto dalla colpevolezza¹¹²⁶. Si ritiene che, collocandosi la finalità special-preventiva all'interno dei presupposti classici del diritto penale del fatto¹¹²⁷, si dovrebbe mantenere l'equazione tra gravità del fatto e colpevolezza guidata dal principio di proporzione e/o proporzionalità¹¹²⁸ e dagli incidi di graduazione della colpevolezza stessa (*ex art. 133 c.p.*)¹¹²⁹. Ciò non significa asserire che dal binomio gravità del fatto e colpevolezza individuale corrisponda "aritmeticamente" anche un *quantum* di pena da comminare in concreto: questo secondo passaggio viene definitivamente eliminato, viene, quindi, "infranta" la sequela *gravità del fatto + colpevolezza = pena*¹¹³⁰.

¹¹²⁵ E come si è argomentato, nella misura in cui diventasse anche il motore propulsore delle strategie di politica criminale, la funzione special-preventiva potrebbe assurgere linearmente anche a funzione stessa della pena.

¹¹²⁶ Sul punto, è doverosa una precisazione. Quando si tratta della colpevolezza, all'interno della teoria della commisurazione della pena, non si indica solo la "rimproverabilità del fatto, ma anche "il fatto rimproverabile". Secondo Dolcini, infatti, «la nozione di colpevolezza per la commisurazione della pena abbraccia sia l'oggetto della valutazione (la "fattispecie di colpevolezza" o *Schuld tatbestand*), sia il suo "predicato di valore" (il complesso degli elementi strutturali della colpevolezza, che condizionano la rimproverabilità del fatto)». Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 258; DONINI, *Illecito*, cit., p. 554 ss.; ID., *Il principio*, cit., p. 216; GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale*, cit., p. 216; PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., p. 72 ss.; nonché, per la letteratura tedesca, *in primis*, HASSAMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 42; ROXIN, *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien*, cit., p. 171 ss., nonché JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., cit., p. 344 ss. Con il termine colpevolezza si intende inoltre l'accezione normativa della stessa, in forza della quale il colpevole è solamente il soggetto imputabile, che abbia posto in essere, con dolo o colpa, l'elemento soggettivo di un reato, in assenza di circostanze tali da rendere necessitato il comportamento antidoveroso. Per alcune precisazioni in merito alle teorie normative e psicologiche della colpevolezza, cfr. GALLO M., *Il concetto unitario della colpevolezza*, cit., p. 12 ss.; in termini critici, *invero*, cfr. NUVOLONE, *La concezione italiana della colpevolezza*, cit., p. 4 ss.; sulla tradizionale contrapposizione, *invece*, cfr. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., p. 79 ss.

¹¹²⁷ Per un riferimento puntuale alla teoria del reato, cfr. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 822.

¹¹²⁸ Sul concetto di proporzione e/o proporzionalità, si è già detto, e si richiamano i due testi fondamentali citati: cfr. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 68, nonché DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 132; per la letteratura tedesca, cfr. VON LIST, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 43.

¹¹²⁹ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 273, nonché TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 146 ss.; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 340 ss. Per la letteratura tedesca, cfr., *in primis*, HASSAMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, cit., p. 42.

¹¹³⁰ Viene infranta nella misura in cui l'affermazione della responsabilità penale dell'autore non si conclude con una quantificazione della pena, ma solamente con l'accertamento della colpevolezza dell'imputato secondo gli indici di graduazione della colpevolezza: a tale determinazione non corrisponde necessariamente un quantum di pena, ma rappresenta la delimitazione massima della colpevolezza individuale a cui il giudice (dell'esecuzione) deve richiamarsi come base fondamentale ed imprescindibile

Ciò che rimane è il nucleo forte dell'attribuibilità in concreto di un fatto materiale al soggetto agente sulla base del giudizio di colpevolezza che viene “modellato” sul singolo secondo gli indici di graduazione, sia di tipo oggettivo sia soggettivo, di cui all'art. 133 c.p.¹¹³¹. L'accertamento del fatto colpevole (*rectius*, l'attribuibilità dell'accusa all'imputato colpevole) rappresenta il punto di partenza su cui il giudice è chiamato ad individuare il progetto trattamentale funzionale ad essere eseguito, il cui contenuto viene definito in base alle caratteristiche personali del condannato, in forza, quindi, anche degli indici soggettivi di cui al co. 2 dell'art. 133 c.p.: non dovrà essere necessariamente un contenuto di tipo punitivo, ma potrà anche avere natura prescrittiva e/o interdittiva ovvero potrà anche non esserci, nella misura in cui, a fronte di un quadro di colpevolezza individuale, il giudice non ritenga opportuno procedere alla comminazione di una sanzione (*id est*: art. 131-*bis* c.p.)¹¹³².

per l'individuazione del progetto trattamentale più idoneo al singolo condannato. Per esemplificazione, può intendersi il limite della colpevolezza come il limite massimo di pena individuato dal giudice all'interno della cornice edittale, quale sbarramento garantistico, oltre il quale, non si possa procedere ai fini della determinazione concreta del trattamento sanzionatorio.

¹¹³¹ Di “grado della colpevolezza” ne parla DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 273 ss. Per la letteratura tedesca, cfr. SAUER, *Strafbemessung und Persönlichkeit*, cit., p. 686, nonché JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., cit., p. 344 ss. Ad una analisi dettagliata, emerge che a) rispetto all'imputabilità, è lo stesso legislatore ad indicare come in caso in cui la capacità di intendere e di volere sia “grandemente scemata” la pena venga diminuita (obbligatoriamente): spetta al giudice individuare il “corrispettivo” della colpevolezza che riesca a rendere la minore capacità di intendere e di volere del soggetto; 2) dolo e colpa: il giudice dovrà far riferimento alla maggiore o minore complessità della deliberazione che portato al reato, valutata in base al lasso di tempo in cui si è perfezionato il processo volitivo, ovvero alle modalità della condotta, la formazione di un particolareggiato disegno criminoso, al ruolo della rappresentazione, *etc.* Sulla colpa, poi “il grado” dovrebbe corrispondere allo scarto esistente tra il comportamento tenuto dal soggetto ed il comportamento conforme alle regole di diligenza che disciplinano quel tipo di attività (da un punto di vista oggettivo), tramite un ulteriore adeguamento rispetto alle caratteristiche personali dell'agente; 3) scusanti sono in grado, oltre che di escludere, anche di diminuire la colpevolezza: nelle fattispecie dolose, l'incidenza delle scusanti incide sotto forma di una diminuzione del “rimprovero” laddove, invece, manchi completamente “la coscienza e la volontà”, in situazioni di coazione psicologica, si avrà una situazione di non-dolo. «La colpevolezza risulterà dunque tanto minore, negli illeciti dolosi, quanto maggiore sia stata la spinta perturbatrice esercitata dalle circostanze concomitanti sulla rappresentazione e sulla volizione del soggetto agente; negli illeciti colposi, quanto più condizionata sia stata la realizzazione dell'attività “errata”». Cfr. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., p. 275; 4) conoscibilità del precetto penale: tale elemento è molto discusso, nella misura in cui una parte della dottrina reputa necessario procedere ad una sua valutazione all'interno del dolo quale coscienza di ledere un interesse penalmente tutelato; “per contro, qualora il reo, per educazione, livello culturale o posizione sociale, fosse in grado di apprezzare soltanto in misura minima la dannosità sociale del suo comportamento, la considerazione di tale condizione personale si concretterà in una attenuazione di pena”; dove, invece, fosse assente allora si tramuterebbe in una diminuzione tale della “rimproverabilità” da risultare non punibile. Cfr., sul punto, PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., p. 100 ss.

¹¹³² Affinchè la colpevolezza operi come limite garantistico è necessario che i suoi parametri di graduazione siano ragionevoli, altrimenti la colpevolezza sarebbe una formula vuota che non riuscirebbe veramente a svolgere quel ruolo di limite alle istanze preventive. La colpevolezza intesa quindi come criterio di commisurazione giudiziale deve essere considerata come “fatto colpevole”, dovendosi

Il ruolo garantistico della colpevolezza individuale si recupera nella misura in cui essa vada a rappresentare il limite massimo di colpevolezza al di sotto del quale (e non invece in misura più elevata, in senso peggiorativo per il condannato)¹¹³³ il giudice in sede di commisurazione della pena, in un secondo momento, o, in una fase successiva, venga chiamato a determinare il percorso trattamentale “cucito” sul singolo, in forza delle sue caratteristiche personali¹¹³⁴.

All'interno del processo bifasico, per eccellenza, il processo di cognizione dovrebbe culminare con l'individuazione della colpevolezza individuale (quale base imprescindibile di percorso trattamentale e limite massimo garantistico), graduata sul singolo in base agli indici di colpevolezza di cui al primo comma dell'art. 133 c.p., mentre il giudice della pena (*rectius*, dell'esecuzione), anche in forza della componente esperta di scienze sociali, criminologiche e psicologiche, verrebbe chiamato ad individuare il percorso trattamentale più idoneo al condannato sia a componente negativo/punitivo (pena detentiva) sia di natura positiva e, quindi, riabilitativa, con la comminazione di una misura alternativa (che, in tale dimensione diviene pena principale) ovvero di una sanzione prescrittiva (isolata o in aggiunta alla misura alternativa).

considerare la realizzazione colpevole del fatto concreto: la sua misura dipende, pertanto, sia dalla gravità oggettiva del fatto che dal rapporto soggettivo dell'autore con il fatto realizzato. Il complesso sistema di graduazione della colpevolezza, delineato ai dell'art. 133 c.p. viene riletto, in prospettiva *de iure condendo*, ipotizzando una scissione del momento commisurativo della pena, in modo tale da «sciogliere definitivamente l'attuale nocivo intreccio tra “meritevolezza” e “bisogno” di pena, ossia tra parametri di valutazione del *quantum* di colpevolezza e parametri di valutazione delle esigenze di recupero sociale». In una prima fase, infatti, il giudice sarebbe chiamato a «misurare, con le forme e le garanzie della giurisdizione cognitiva l'oggettiva gravità del fatto di reato, quel “grado della colpevolezza” del reo destinato a segnare il limite massimo invalicabile nella commisurazione della pena». Se la quantificazione del grado della colpevolezza dipende non solo dalla gravità oggettiva del reato, *ex art. 133, co. 1 n.1 e n. 2 c.p.*, ma anche dalla gravità soggettiva dello stesso (intensità del dolo e grado della colpa *ex art. 133 c.p. 1 n. 3*), nonché da alcuni fattori della capacità a delinquere, *ex art. 133, co. 2*, desunta da elementi soggettivi, si ritiene che tale ultima componente soggettiva debba essere valutata dal giudice della pena (inteso esso come giudice della cognizione, nell'apposita udienza dedicata alla commisurazione della pena, piuttosto che al giudice dell'esecuzione). Il giudice, in una prima fase, quindi, dovrebbe limitarsi ad accertare la presenza di quegli elementi oggettivi presenti nell'art. 133 c.p., nonché di quegli elementi necessari per integrare oggettivamente le circostanze in senso tecnico: la valutazione delle stesse andrebbe, invece, condotta, ai fini commisurativi, in un momento successivo.

¹¹³³ Laddove la colpevolezza individuale non debba necessariamente tramutarsi in un *quantum* di pena, perché le tecniche sanzionatorie, lato senso intese, che possono essere attuate dal giudice in sede di commisurazione possono essere le più molteplici, comprendendo (ma con ciò non coincidendo) anche la pena detentiva.

¹¹³⁴ Anche in forza di strumenti processuali effettivi, come il ricorso alla perizia criminologica, di cui si vedrà tra poco in modo approfondito.

5.8.2. *L'indagine personologica del reo: la perizia criminologica.*

Valorizzando la fase commisurativa della pena, è indispensabile poter dotare il giudice di strumenti tecnici e dell'ausilio di esperti per effettuare un'approfondita indagine personologica del reo nel percorso di individualizzazione della pena, comminata appositamente sulla situazione personale e soggettiva dell'imputato. Lo studio della personalità, infatti risponde ad esigenze specialpreventive, ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost., consente, inoltre, di realizzare il fine ultimo dell'ordinamento costituzionale, ponendo al centro dell'attenzione dell'indagine processuale l'individuo, in una prospettiva “umanamente orientata”, ai sensi dell'art. 27, co. 1 Cost.: “il rispetto della personalità complessiva del reo dovrebbero rappresentare il criterio fondamentale nell'adeguamento delle risposte punitive statuali”¹¹³⁵.

La perizia criminologica diviene dunque un'esigenza imprescindibile della giustizia penale individualizzata. Ai sensi dell'art. 220, co. 2 c.p.p. – come già si è anticipato – vige, tuttavia, il divieto di ricorrere a perizie sul carattere e sulla personalità ed in generale sulle qualità psichiche indipendenti da cause psichiche.

La soluzione di adottare un modello bifasico risolverebbe il nodo gordiano in materia di perizia criminologica: l'individuazione del momento processuale più adatto in cui collocarla, per evitare che la conoscenza del reo possa ritorcersi a suo stesso danno incidendo, indirettamente e in senso negativo, sul giudizio sulla responsabilità, sarebbe proprio l'ultima fase decisoria, nel caso di modello monofasico a più tempi¹¹³⁶ o direttamente la fase esecutiva¹¹³⁷; in entrambi i casi, l'indagine personologica

¹¹³⁵ Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 300. Sul punto, cfr., COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, pp. 130-131; MONACO, *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, cit., pp. 199-200; PISAPIA, *La perizia* (1980), cit., pp. 1016-1017; CORSARO-PIRRONE, *L'indagine sulla personalità nel nuovo processo penale*, in *Rass. pen. crim.*, 1980, p. 68; DE FAZIO-LUBERTO-GALLIANI, *La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, pp. 64-65; SAPONARO, *L'esame della personalità del reo nel processo penale. Evoluzione, involuzione, modelli alternativi, prospettive*, Bari, 1997, p. 104 ss.; PATRIZI-DI TULLIO D'ELISIS, *Il punto sulla perizia psicologica e criminologica*, (a cura di) Patrizi-De Leo, *Lo psicologo criminologo*, Milano, 2006, p. 168; TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325; DOSI, *Il divieto di perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1555.

¹¹³⁶ Cfr. CARNEVALE-MENNA-COLAGRECO, *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, pp. 376-377.

¹¹³⁷ Cfr. PANNAIN B.-ALBINO-PANNAIN M., *Il giudizio “tecnico” sulla personalità dell'imputato. Dal divieto del c.p.p. del '30 a quello del c.p.p. '88*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 104 ss, nonché DOSI, *Perizia criminologica ed equivoci in tema di rieducazione del condannato*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1494.

verrebbe a collocarsi in una fase successiva all'accertamento della colpevolezza e, quindi, in una fase prossima e funzionale all'esecuzione della pena.

La Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi, con riguardo all'art. 314 c.p.p. del codice previgente, trasposto letteralmente nel co. 2 dell'art. 220 c.p.p., ritenendo compatibile con i principi costituzionali la scelta legislativa di imporre un simile divieto, anche se, non ha mancato di sollecitare un diverso orientamento, invitando il legislatore a superare ritrosie e diffidenze nei confronti della perizia criminologica¹¹³⁸. Quanto al profilo del co. 3 dell'art. 27, co. 3 Cost. si evidenzia come il mantenimento di un divieto di indagine personologica inficerebbe a monte l'esito positivo del percorso trattamentale, impendendo al giudice in sede commisurativa di individualizzare la pena, in un'ottica specialpreventiva, funzionale alla fase esecutiva; per quanto riguarda il profilo dell'inviolabilità del diritto della difesa, ex art. 24, co. 2 Cost., il divieto di perizia criminologica potrebbe influire negativamente sull'imputato, precludendogli di far valere fatti ed elementi che possano essergli, in qualche modo, favorevoli ed impedisce al giudice di ricostruire correttamente la verità dei fatti: "ciò comporterebbe una lesione sia del diritto di difendersi che dalla giustizia dell'esito processuale, se la preclusione non sia sorretta da giustificazioni razionali o non sia richiesta dal bilanciamento con altri principi costituzionali"¹¹³⁹. Quanto poi al principio di uguaglianza, ex art. 3, co. 1 Cost., il divieto in esame porrebbe in essere un trattamento differenziato tra imputati minorenni, per i quali è possibile ricorrere alla perizia sulla personalità e imputati maggiorenni¹¹⁴⁰.

La perizia criminologica dovrebbe essere intesa quindi secondo una visione complessa, finalizzata all'esame della personalità in senso dinamico ovvero secondo un'analisi che prenda come oggetto di studio sia il punto di vista psicologico, in base alla descrizione di studio sia il punto di vista psicologico, in base alla descrizione dei tratti di personalità e della loro interazione, sia il punto di vista psicodinamico,

¹¹³⁸ Cfr. Corte cost., 9 luglio 1970, n. 124, in *Giust. pen.*, 1971, I, c. 27; Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 179, in *Giur. cost.* 1973, p. 2389. Sul punto TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 301, nonché TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, cit., p. 1325, in cui l'autore sottolinea la valenza di "norma penale in bianco" dell'art. 133 c.p.: per un suo completo valore normativo necessita di una integrazione da parte di altre norme. L'art. 133 c.p. con i suoi criteri commisurativi non riesce a concretizzare il principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 3, necessitando di un'integrazione con norme processuali, che allo stato oggi sono assenti.

¹¹³⁹ Cfr. Corte cost. n. 124 del 1970, cit., c. 28. Sul punto, cfr. DOSI, *Il divieto di perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, cit., p. 1555.

¹¹⁴⁰ Cfr. Corte cost., n. 179 del 1973, cit., pp. 2392-2393; cfr. TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, cit., p. 1325

identificando il significato profondo di tali tratti, con specifico riferimento alla storia del singolo caso e alla sua personale posizione ambientale.

Si ritiene che, così intesa la perizia criminologica debba focalizzarsi su una conoscenza bio-psico-sociale del soggetto: a differenza infatti della perizia psicologica e di quella psichiatrica non si potrà limitare a verificare la presenza di anomalie della personalità, del carattere o dell'affettività, di malattie mentali, ma dovrà anche tenere conto di fattori esogeni-sociali in cui è venuto a maturare il delitto, analizzando anche debitamente gli elementi biografici del reo.

Conseguenza è che la perizia criminologica presuppone una necessaria interdisciplinarietà tra settori differenti, quali, quello clinico, psicologico e sociologico e richiede pertanto un lavoro collegiale, di *equipe*.

Le connaturali difficoltà di coordinamento tra esperti di branche del sapere così diverso dovrebbero essere superate, o quanto meno agevolate, dal ruolo centrale del giudice, il quale sarà quindi chiamato a coordinare il gruppo di lavoro al fine di tradurre le loro valutazioni in criteri utili per la quantificazione della pena finale.

In tale ottica, si rinuncia quindi a considerare il giudice necessariamente quale *peritus peritorum*, conoscitore ed esperto di altri saperi extragiuridici; allo stesso tempo, però, il giudice è chiamato a divenire coordinatore di un lavoro di *equipe* complesso ma necessario per giungere ad una corretta e reale individualizzazione della pena: il dialogo tra categorie giuridiche ed extragiuridiche si rivela essenziale, divenendo le scienze umane ausiliari rispetto al diritto¹¹⁴¹.

5.8.3. Il più ampio ventaglio sanzionatorio: dal carcere come extrema ratio ad altre pene (alternative) principali, a forme di rinuncia della pena.

¹¹⁴¹ Non possono tacersi infatti le strette interazioni tra psicologia e criminologia, ossia “l’identità psicologica in seno alla criminologia e gli elementi di competenza criminologica prodotti” dall’ambiente scientifico della psicologia, si pensi alla psicologia giuridica. Per costruire la professionalità dello psicologo criminologo non può che non farsi riferimento ad una formazione interdisciplinare caratterizzata da un approccio *multiagency*: sono essenziali competenze non solo psicologiche e criminologiche ma anche giuridiche, comunicative, psicoterapeutiche, decisionali/giudiziarie. Il psicologo criminologo adeguatamente formato potrebbe essere la figura professionale a cui devolvere il compito di redigere la perizia criminologica. Risulta altresì essenziale che l’esperto possieda conoscenze giuridiche anche per evitare che “saperi extragiuridici si applichino a contesti normativi senza un adeguato lavoro di traduzione di significati, senza una chiara consapevolezza delle premesse paradigmatiche della norma e delle conseguenze derivate da decisioni che il contributo di tali saperi può orientare o, quanto meno, informare”. Sul punto, cfr. PATRIZI-DE LEO, *Lo stato dei rapporti scientifici e disciplinari fra psicologia e criminologia*, cit., p. 369.

È evidente, quindi, che attribuendo al giudice la possibilità di approfondire ulteriormente la personalità del reo, in una misura strettamente necessaria all'individualizzazione della risposta punitiva ed in una prospettiva direttamente funzionale all'apertura della fase esecutiva, risulta quanto mai essenziale, ai fini della riuscita effettiva di un simile sistema, potenziare il ventaglio sanzionatorio elevando definitivamente le misure alternative a pene principali¹¹⁴².

In tale prospettiva, del resto, si sono già espresse le principali proposte di riforma al codice penale. Con il *Progetto Pagliaro* si propone infatti di sostituire la pena detentiva dell'arresto, con la semidetenzione; si prevede inoltre l'esclusione della comminatoria congiunta della pena detentiva e della pena pecuniaria, la quale, tra l'altro, viene a quantificarsi con la tecnica dei tassi giornalieri, consentendo al giudice un fine adeguamento della sanzione alle condizioni soggettive economiche del reo¹¹⁴³.

Di rilievo è inoltre lo spazio dedicato alle sanzioni sostitutive per le pene detentive di breve durata nella misura in cui sia preclusa la sospensione condizionale della pena: quest'ultima in caso di seconda o terza concessione venga comminata unitamente alla previsione obbligatoria di "prescrizioni, divieti, trattamenti terapeutici o interventi di sostegno sociale, i quali non ledano diritti inviolabili della persona né costituiscano limitazioni eccessive della vita di relazione, con eventuale affidamento in prova al servizio sociale"; possibilità inoltre di prevedere che "la sospensione della pena detentiva sia disposta in misura parziale sino ai due terzi della pena inflitta, applicandosi, in luogo della pena detentiva, una delle seguenti sanzioni sostitutive scelta in riferimento alle conseguenze sulle relazioni sociali del condannato ed alla idoneità a evitare la commissione di futuri reati: semidetenzione per la detenzione; detenzione

¹¹⁴² Cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 314 ss.

¹¹⁴³ La Commissione, presieduta dal Prof. Antonio PAGLIARO, fu nominata dal Ministro della Giustizia, on. VASSALLI nel febbraio del 1988, con il compito di preparare uno schema di legge delega per un nuovo codice penale. Il progetto fu reso pubblico nel 1993. Cfr. Neppi MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315. Per un approfondimento cfr. altresì MUSIO, *La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana*, su <http://www.altrodiritto.unifi.it/law-ways/musio/index.htm>, consultato il 14 luglio 2009, cap. IV, punto 4, nonché PAGLIARO, *Schema di legge delega per un nuovo codice penale*, in ID., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in Ind. pen., 1994, 244, p. 273; MARINUCCI-DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in Riv. it. dir. pen., 1992, pp. 40 ss.

saltuaria; arresti domiciliari; libertà controllata; lavoro di utilità sociale ed eventuale revoca della sospensione della pena accessoria”¹¹⁴⁴.

Con favore viene inoltre salutata dalla dottrina la peculiare prescrizione contenuta all’art. 40 della Proposta di articolato del 25 ottobre 1991, in materia di *Astensione della pena* (cfr. *Absehen von Strafe*, ex § 60 StGB)¹¹⁴⁵, per cui si dovrebbe “1. Prevedere che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall’infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l’applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale. 2. Previsione di un’analogia possibilità per il reato doloso, purché gli effetti pregiudizievoli si siano verificati esclusivamente a carico del soggetto agente”¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Cfr. Proposta di articolato, artt. 39 e seguenti.

¹¹⁴⁵ Per cui si prevede che “il giudice rinuncia alla pena quando le conseguenze del fatto che colpiscono l’autore sono così gravi che l’inflizione di una pena sarebbe palesemente sbagliata. Ciò non vale quando l’autore ha meritato una pena superiore a un anno”. Il codice penale tedesco conosce un’altra ipotesi di *Absehen von Strafe* di carattere generale, ai sensi del § 46a, ipotesi diversa dal § 60, con una natura fortemente compensativa-riparativa. Nel panorama europea, un istituto simile è contemplato dalla *dispense de peine* disciplinata negli artt. 132-58 e 132-59 del codice penale francese: in particolare, l’art. 132-58 limita l’operatività dell’istituto “en matière correctionnelle”, ai casi di condanna per delitti, e salvo alcuni casi espressamente previsti. Ai sensi della disposizione successiva, inoltre, si apprende che l’istituto può essere concesso quando risulta che è stata raggiunta la risocializzazione del colpevole ed è stato riparato il danno cagionato ed è cessato l’allarme provocato dal reato. Risulta evidente quindi l’idea risocializzatrice data dalla riparazione che rende l’istituto simile a una sorta di “pentimento attivo”. Si rinvia un istituto analogo, nel codice penale svedese, nella sez. 6 del cap. 29, dove si legge che se, in considerazione delle circostanze descritte nella sezione 5 è manifestamente irragionevole imporre una sanzione, il giudice può astenersi dall’infliggerla. In tale caso, la ratio sarebbe di tipo “multidimensionale”: in alcuni casi, è legata all’idea afflittiva-compensativa; in altri, alla dimensione equitativa-umanitaria o simpatetica. Per un approfondimento, cfr. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., nt. 123p. 280.

¹¹⁴⁶ Ipotesi che, per certi aspetti può essere considerata, un’antecedente degli attuali istituti previsti nel microcosmo della competenza penale del giudice di pace, ai sensi dell’art. 35 d.lgs. n. 274/2000, in una prospettiva di conciliazione-riappacificazione fra vittima e reo, nel settore della giustizia minorile, con un’ottica maggiormente specialpreventiva, nel perdono giudiziale per i minorenni di anni diciotto, art. 169 c.p., dove “il giudice può astenersi dal pronunciare il rinvio a giudizio” o “astenersi dal pronunciare condanna”; dall’art. 27 d.p.r. n. 448/1988 dove si prevede la possibilità di emettere una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto; artt. 28 e 29, relativamente alla sospensione del processo e messa alla prova ed estinzione del reato per esito positivo della prova, nonché l’art. 34 del d.lgs. n. 274/2000, già citato, che prevede l’esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto. Evoluzioni di tali ultime ipotesi citate con riguardo ai micro settori della giustizia di pace e minorile, sono state da ultime riprese anche per gli adulti, con l’istituto dell’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p. e con la previsione della sospensione del procedimento con messa alla prova, di cui agli artt. 168-*bis* c.p. (per i requisiti sostanziali), nonché 464-*bis* (per i requisiti formali), 464-*ter* (per le cadenze processuali che mutano a seconda della proposizione della richiesta dinanzi al g.i.p., g.u.p. o al giudice del dibattimento o del giudizio direttissimo).

Risalgono invece al 1998 i lavori di riforma della Commissione Grosso, peraltro già citata, in cui si pone l'accento sulla valorizzazione del finalismo rieducativo. Come si legge, infatti, nella *Sceda dei lavori*, in una prospettiva di riforma non si può prescindere da un ripensamento del momento commisurativo della pena, in quanto “andrebbe ritenuto obbligo del giudice l'individuazione, tra le sanzioni, di quelle che, tenuto conto della specificità dell'illecito – sia sotto il profilo oggettivo (gravità del fatto, disvalore dello stesso, modalità della condotta), sia sotto il profilo soggettivo (personalità del reo, “intensità” dell'elemento psicologico) – possano realizzare, per lo meno tendenzialmente e auspicabilmente, la finalità di cui all'art. 27 Cost.”¹¹⁴⁷.

Pregiudiziale rispetto ad una accentuazione della finalità specialpreventiva, diventa dunque “l'individuazione di nuove tipologie di sanzioni, diverse dalla pena detentiva (da riservare soltanto alla violazione di fattispecie di rilevante gravità). È una strada estremamente complessa ma irrinunciabile”, atteso che, come è stato osservato, in dottrina: “continuare ad agire solo in una fase temporalmente o logicamente posteriore all'inflizione della pena detentiva, così che quest'ultima, a certe condizioni, possa non essere eseguita, significa restare nell'ottica di una commisurazione penale in sé prioritariamente ispirata, comunque, alla idea di una sofferenza rappresentativa della gravità del reato”¹¹⁴⁸.

Si ritiene quindi di ancorare la riflessione di riforma a due assi portanti: 1. «Le “nuove” sanzioni andrebbero disancorate dalla necessità di una quantificazione predefinita e immutabile, che le renderebbe prive della elasticità necessaria al fine di adeguare la risposta punitiva, naturalmente protratta nel tempo, agli scopi che con esse si devono raggiungere»; 2. La “*sedes materiae* (deputata ad accogliere le tipologie di pene), nell'ambito del codice penale, dovrebbe essere quella corrispondente agli attuali articoli che indicano le pene in generale ed in particolare (art. 17 e seguenti)”¹¹⁴⁹.

Si propone, quindi, l'abolizione dell'ergastolo, sostituito con la “reclusione speciale” da venticinque a trenta anni; si riduce a diciotto anni il limite massimo della reclusione; si eleva a pena principale la detenzione domiciliare; si elimina la pena dell'arresto per le contravvenzioni e si indicano numerose pene accessorie quali

¹¹⁴⁷ Si tratta della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale istituita dal Ministro Flick con d.m. del primo ottobre 1998: cfr. *Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” – Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574.

¹¹⁴⁸ Cfr. *Relazione*, cit., p. 578.

¹¹⁴⁹ Cfr. *Relazione*, cit., p. 578

candidate idonee a divenire pene principali. Ai sensi degli artt. 69 e 70 dell’Articolato del 2001 (versioni successive degli artt. 71 e 72 dell’Articolato del 1998): “La pena viene determinata dal giudice, entro il limite *della proporzione con la colpevolezza per il fatto commesso*, avendo riguardo alle *finalità di prevenzione speciale*, in particolare sotto l’aspetto della reintegrazione del condannato nella società”¹¹⁵⁰.

Ai fini della determinazione della pena, il giudice è chiamato a seguire tali criteri, in parziale riforma dell’art. 133 c.p.: “la gravità del reato e delle sue conseguenze dannose, in quanto riflesse nella colpevolezza; l’intensità del dolo o il grado della colpa, e i motivi che hanno determinato la commissione del reato; le eventuali condotte di riparazione totale o parziale dell’offesa che il colpevole o altri per esso abbia tenuto dopo il fatto; i reati precedentemente commessi, i comportamenti del colpevole anteriori al reato, e le sue condizioni di vita al momento del fatto; i comportamenti del colpevole successivi al reato, e le sue attuali condizioni di vita, nella misura in cui siano rilevanti rispetto alle finalità di prevenzione speciale”¹¹⁵¹.

Un recupero, invece, della dimensione retributiva si registra in seno ai lavori della Commissione Nordio, per cui “Il sistema è stato rimodellato secondo la struttura logica e teleologica della sanzione penale quale emerge dal lessico normativo: una logica di proporzione, perché malgrado ogni tentativo di forzatura ermeneutica, il concetto di pena contiene etimologicamente e ontologicamente quello di espiazione; e una teleologia di rieducazione, espressamente indicata dal canone costituzionale”¹¹⁵².

La certezza della pena è perseguita, in questo progetto, attraverso “una semplificazione dei criteri di previsione sanzionatoria, fondata sulla sostanziale eliminazione della pena pecuniaria, e sulla reclusione come unità di misura della pena, ampiamente temperata da un ampio spettro di opzioni di conversione”. Nel progetto, la pena detentiva può dunque essere sostituita con altri tipi di pena comunque restrittive della libertà personale, fra cui le pene definite “prescrittive”, categoria eterogenea che ricomprende vari tipi di sanzioni dal contenuto molto specifico come l’allontanamento

¹¹⁵⁰ Cfr. *Relazione*, cit., p. 578.

¹¹⁵¹ Cfr. *Relazione*, cit., p. 578.

¹¹⁵² La Commissione è stata istituita con d.m. del 23 novembre 2001. Cfr. *Il progetto della Commissione Nordio in Cass. pen.*, 2005, I, p. 244.

dalla famiglia, il divieto di accesso o di permanenza in determinati luoghi o il divieto di avvicinare determinate persone (e molti altri divieti: cfr. artt. 66-71 del Progetto)¹¹⁵³.

Nella Commissione Pisapia si intensifica la proposta di differenziazione della risposta punitiva, con l'articolazione delle pene in *pecuniarie*, *prescrittive*, *interdittive e detentive* (ex art. 26 Progetto).

Tra le pene *prescrittive* rilevano alcune specifiche prescrizioni comportamentali e la libertà sorvegliata, mentre le pene *detentive* sono distinte tra detenzione domiciliare, detenzione ordinaria e detenzione di massima durata, corrispondente a trentadue anni di reclusione. Si propone altresì l'abolizione dell'ergastolo, secondo precise indicazioni di carattere etico-politico: "L'ergastolo, infatti, non è assimilabile alla reclusione, ma è una pena qualitativamente diversa, assai più simile alla pena di morte. Al pari di questa, è una pena capitale, nel senso della *capitis deminutio* del diritto romano, in quanto è una privazione della vita futura, e non solo della libertà e in quanto è una pena eliminativa che, con l'interdizione legale, esclude per sempre una persona dal consorzio umano. Equivale [...] alla 'morte civile'"¹¹⁵⁴.

In tale *trend* riformista non può non essere annoverata, infine, la recente proposta avanzata dal gruppo di lavoro di esperti della "prima" Commissione Palazzo, già citata numerose volte in precedenza. La Commissione, come è noto, ha operato nel senso di razionalizzare in primo luogo, la normativa incidente sulla pena della detenzione: come primo atto di cambiamento, si suggerisce il mutamento stesso della denominazione della pena detentiva, da reclusione a detenzione, con il chiaro intento di limitarne "l'intonazione segregazionista"¹¹⁵⁵. La Commissione ha poi affrontato il tema dell'ergastolo, mantenendolo: si prospetta piuttosto un'applicazione fortemente limitata alle fattispecie più gravi: "l'ergastolo, quale pena edittale delle singole fattispecie

¹¹⁵³ Cfr. *Introduzione* della Relazione al "progetto di codice penale", in *Cass. pen.*, 2005, 1, p. 250.

¹¹⁵⁴ Nella Relazione che accompagna il disegno di legge di riforma del codice penale, presentata al Ministro della Giustizia il 19 novembre 2007, si legge che fra i redattori del progetto "si è ritenuto unanimemente di tenere in gran conto il prezioso lavoro delle precedenti Commissioni ministeriali (autorevolmente presiedute dal prof. Pagliaro, dal prof. Grosso e dal dr. Nordio) e quello del Comitato istituito dalla Commissione Giustizia del Senato che, nel 1995, aveva approvato un progetto di riforma della parte generale del codice penale (progetto Ritz). La Commissione ha altresì approfondito con particolare attenzione i commenti che, su tali progetti, sono apparsi in numerosi articoli pubblicati sulle principali riviste giuridiche". Cfr. *Relazione al d.d.l. "riforma del codice penale"* elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. GIULIANO PISAPIA, cit., punto XXIII. Le pene.

¹¹⁵⁵ Cfr., *infra*, pp. 341 ss.. Per un riferimento puntuale, cfr. *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit.

criminose viene sostituito con la nuova specie sanzionatoria della “detenzione speciale” (che si estende da ventiquattro a ventotto anni), e riservato invece alla sola ipotesi di concorso di più reati tutti puniti con la detenzione speciale (art. 7)”¹¹⁵⁶.

La pena della reclusione, oltre al mutamento di denominazione, cambia significativamente quanto ai limiti della sua durata. Se la riduzione del limite massimo, che scende dagli attuali ventiquattro anni ai proposti venti anni, il minimo viene elevato dagli attuali quindici giorni a due anni: “Con ciò lo schema intende tagliare radicalmente fuori dell’area carceraria tutta la fascia della criminalità lieve o bagatellare, per la quale al legislatore futuro sarà interdetto ricorrere alla pena carceraria in quanto intrinsecamente contrastante col principio di *extrema ratio*”¹¹⁵⁷.

Quanto alle contravvenzioni, si propende per l’abolizione di pene detentive.

Oltre, al catalogo tradizionale, la Commissione propone delle pene non carcerarie, tra cui, *in primis*, si sollecita un pronto inserimento della detenzione domiciliare quale forma di pena principale: un contenuto afflittivo (ma non carcerario) per “detenzione domiciliare” da applicarsi ai delitti e all’“arresto” per le contravvenzioni; un contenuto prescrittivo, che dà luogo alla “pena prescrittiva” per i delitti e alla “libertà limitata” per le contravvenzioni.

Le pene prescrittive sono rivolte alle fasce meno gravi di criminalità: “Il loro contenuto ruota sostanzialmente su alcuni nuclei che possono consentire al giudice di modulare in concreto la pena secondo le peculiari caratteristiche del caso e lungo una gamma di soluzioni che, mentre da un lato non rinuncia ad indefettibili aspetti afflittivi, dall’altro lato consente di aprire a percorsi maggiormente risocializzativi e già ben conosciuti nell’ordinamento. In effetti, gli assi portanti delle nuove sanzioni sono sostanzialmente tre: a) una serie di prescrizioni, obblighi e divieti comportanti limitazioni della libertà di locomozione del condannato nonché l’adempimento di ingiunzioni a carattere riparatorio delle conseguenze del reato, diversamente modulati nella detenzione domiciliare e nell’arresto; b) la prestazione di un lavoro di utilità sociale, col consenso del condannato, e in chiave sostitutiva o aggiuntiva rispetto agli obblighi di cui sopra; c) nel caso si tratti di condannato assuntore di sostanze

¹¹⁵⁶ Cfr. *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit.

¹¹⁵⁷ Cfr. *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit.

stupefacenti o psicotrope o alcolodipendente, la possibilità di disporre lo svolgimento di un programma terapeutico (secondo quanto previsto dall'art. 75, comma 2, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)¹¹⁵⁸.

Per la pena prescrittiva è stata prevista la possibilità che il giudice disponga interventi del servizio sociale idonei al reinserimento sociale del condannato.

Con riguardo, inoltre, alle pene accessorie si conclude per un'applicabilità distinta a seconda delle fattispecie richiamate di parte speciale, con la possibilità che in prospettiva de iure condendo il legislatore possa provvedere ad elevare determinate pene accessorie a pene principali, da comminare sulla base di un'accurata selezione di fattispecie di parte speciale, unitamente alle altre pene, tra cui, in primo luogo, quelle prescrittive.

Quanto alla pena pecuniaria, la Commissione ha ritenuto che, anche sulla scorta di quanto ormai ripetutamente prospettato da molti dei progetti di codice penale succedutisi negli ultimi decenni, sia improcrastinabile il potenziamento di questa pena mediante l'adozione del diffuso sistema dei cosiddetti tassi o quote periodiche (lo schema ha ritenuto di proporre la soluzione della periodicità mensile delle quote); limitando invece il ricorso delle pene pecuniaria in somma determinata alle ipotesi meno gravi, alla criminalità bagatellare.

Riepilogando, anche se in estrema sintesi, il percorso di riforma delle varie Commissioni, si prospetta in modo pressochè unanime l'esigenza di rivedere il sistema sanzionatorio differenziato, in cui la risposta punitiva sia relegata in una dimensione di *extrema ratio*, lasciando invece ampio spazio all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio al caso concreto (con il limite della colpevolezza del fatto) ed alle concrete caratteristiche personali dell'imputato (secondo esigenze specialpreventive).

È evidente, quindi, che più si amplia il ventaglio sanzionatorio, più concrete e tangibili saranno le possibilità di dare ingresso nell'ordinamento a forme alternative, non solo della pena detentiva, ma dello stesso diritto penale, con l'introduzione di forme graduate di giustizia riparativa, a cui il reo possa accedere nei vari livelli del processo penale, nonché in fase esecutiva e forme di devoluzione del processo penale stesso

¹¹⁵⁸ Cfr. *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit.

verso soluzioni alternative ed extraprocessuale di ricomposizione del conflitto sociale, tra vittima e reo¹¹⁵⁹.

Qualsiasi sia la proposta di riforma sanzionatoria, è indispensabile che essa si coordini con il rito processuale più idoneo e consono ad accogliere gli esiti positivi dell'evoluzione del sistema sia valorizzando il momento commisurativo della pena, sia coordinando quest'ultimo con la razionalizzazione del momento esecutivo¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁹ Cfr. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*. Rielaborazione della relazione tenuta al Convegno *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, Ferrara, 14-15 aprile 2016, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2016, p. 9 ss., il quale individua tre diversi circuiti punitivi, ancorati al diverso (e più grave) disvalore penale del fatto: 1. Nel primo sottosistema, si collocano le fattispecie più gravi, punite in astratto con una pena detentiva non inferiore a quattro anni. In tali casi, il ricorso alla pena del carcere risulta ad oggi inevitabile: la modifica in termini migliorativi può essere individuata nella concessione della liberazione condizionale (e, si aggiunge, anche del potenziamento dell'applicabilità della semilibertà). I presupposti applicativi della misura, secondo l'autore, potrebbero essere i seguenti: “1) non reiterabilità; 2) liberazione dopo l'esecuzione di almeno trenta mesi e comunque di almeno metà della pena carceraria, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni, senza distinzione tra non recidivi e recidivi; 3) concessione discrezionale, il cui criterio potrebbe essere offerto da una valutazione in ordine alla circostanza se gli obblighi risocializzanti e di controllo appaiono sufficienti e idonei a risocializzare il reo e a non commettere ulteriori reati; nonché subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere; 4) obblighi risocializzanti e di controllo che possono farsi particolarmente stringenti per i recidivi; 5) sostegno; 6) durata del periodo di sospensione; 7) la disciplina della revoca potrebbe essere articolata nel modo seguente: a) obbligatoria, qualora: - il condannato riporta una condanna definitiva per un reato precedentemente commesso; b) discrezionale, se il comportamento risulta incompatibile con la prosecuzione della prova, qualora, durante la prova: - il condannato riporta una condanna per un reato commesso durante la prova; - il condannato si rende inadempiente agli obblighi risocializzanti; - il condannato viola le prescrizioni impartite o si sottrae al sostegno del servizio sociale o al controllo del tutor; 8) ricalcolo della pena; 9) estinzione”. Nel secondo sottosistema, si collocano le fattispecie punibili in concreto fino a quattro anni: si individua la sospensione condizionale della pena, quale strumento (c.d. “in entrata”) per impedire l'accesso al carcere; mentre la liberazione condizionale, con contenuti assimilabili al *probation*, in uscita, per il detenuto che si trova già in esecuzione della pena. Entrambi gli istituti vengono “arricchiti” di contenuti afflittivi/sanzionatori e di natura riparatoria; per la sospensione condizionale, inoltre, tali obblighi sorgono solamente in caso di concessione obbligatoria o di seconda comminatoria. Il terzo sottosistema, non carcerario, è costituito da reati di gravità bassa che devono essere puniti con pene principali diverse dal carcere, come ad esempio, la detenzione domiciliare, le pene interdittive, le pene prescrittive, la pena pecuniaria e la confisca. Per quanto si possa apprezzare l'intervento della dottrina in termini di differenziazione della risposta punitiva, si è critici nel appoggiare una riforma sanzionatoria che accentui l'applicazione della sospensione condizionale, soprattutto, nella misura in cui quest'ultima venga concessa per un *range* di reati molto più ampi, a concessione discrezionale e senza un contenuto “riparatorio”, in senso lato. Un'estensione di tale istituto deve essere necessariamente congiunto con una riforma processuale (e sostanziale) del momento commisurativo della pena, in cui il giudice della cognizione sia messo nelle condizioni di poter effettuare una prognosi sulla pericolosità del reo e sulle potenzialità della concessione della misura coadiuvato da esperti e da strumenti che consentano (seriamente) la valutazione della personalità dell'imputato in una prospettiva funzionale all'esecuzione della pena (in tale caso “congelata” per il periodo di prova).

¹¹⁶⁰ Tale è la direzione seguita da una parte della dottrina che opportunamente promuove una graduazione della risposta punitiva, preservando il ruolo della pena detentiva solamente in *extrema ratio* per le fattispecie di maggiore gravità. Sul punto, cfr. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., in cui l'autore precisa che: “Nella consapevolezza che non solo al momento sarebbe un'utopia eliminare il carcere, ma anche che reali esigenze di sicurezza lo rendono indispensabile per fronteggiare forme di criminalità particolarmente gravi (si pensi per tutte alla criminalità organizzata), per realizzare un diritto penale che sia il più inclusivo possibile il carcere non può che trovare

5.8.4. *Una riforma “costosa” in termini di risorse e formazione. L’esigenza di un rinnovamento culturale “sulla pena”.*

L’idea di un sistema processual-penalistico differenziato a seconda della risposta punitiva, lungo un *iter* processuale distinto in due momenti, con una fase commisurativa valorizzata in ottica specialpreventiva e direttamente funzionale all’esecuzione della pena, non può essere tradotta in una riforma a “basso costo” o “costo zero”: è esiziale, ai fini della riuscita di una qualsiasi riforma futura che, in primo luogo, si consideri inscindibile il profilo processuale dal momento sostanziale; entrambe le dimensioni devono necessariamente essere riviste unitariamente, all’interno di un disegno comune, in cui processo e pena siano il fulcro della nuova riformanda giustizia penale. Non solo.

Non è infatti sufficiente, da un punto di visto metodologico che processo e pena siano concepite come un’univoca scienza penalistica, ma è indispensabile consentire canali di accesso per le scienze sociali *in punto pena* (per le scienze umane, è noto il dibattito circa la validità dell’ingresso nel processo penale): nel sistema attuale, il canale privilegiato d’accesso è data dalla composizione collegiale del tribunale di sorveglianza, in cui sono presenti esperti di psicologia, pedagogia e sociologia; in una prospettiva di riforma, tali esperti dovrebbero trovare una collocazione più stabile all’interno del procedimento di commisurazione della pena e, quindi, coadiuvare il giudice nell’indagine personologica, laddove le caratteristiche del caso concreto lo richiedano.

Se il “giudice della pena” individuato in sede di riforma sarà proprio il giudice dell’esecuzione, si tratterà di predisporre un’opportuna ricollocazione delle risorse, impegnate stabilmente nella giurisdizione rieducativa delle misure alternative, per essere impiegate anche in un momento antecedente di fissazione iniziale del trattamento punitivo; se il giudice “naturale” tornerà invece ad essere il giudice della cognizione, si

applicazione come *extrema ratio*, potendosi distinguere tre sottosistemi. Anzitutto, rispetto a reati di gravità alta, il carcere deve essere effettivamente utilizzato in entrata, ma tale utilizzo deve poi poter cessare in uscita per agevolare il reinserimento del reo. In secondo luogo, rispetto a reati di gravità media sempre puniti col carcere, questo deve trovare effettiva esecuzione soltanto se necessario, con la conseguenza che l’esecuzione della pena carceraria deve di regola essere sospesa, sia in entrata che in uscita, per applicare istituti ispirati alla *probation*; infine, il carcere non deve essere utilizzato rispetto a una fetta di reati di gravità bassa, che devono essere puniti già a livello di comminatoria edittale soltanto con pene principali diverse dal carcere.

tratterà di potenziare l’impiego di tali figure e soprattutto di consentire al giudice di predisporre di una formazione il più possibile dialogica e aperta a tali discipline¹¹⁶¹.

¹¹⁶¹ Per un approfondimento sulla formazione dei giudici, cfr. MOLINARI, *Il reclutamento e la formazione dei giudici*, in Aa. Vv., *Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale. Esperienze in Italia e nel mondo*, Roma, 1982, p. 205 ss.; FAZZALARI, *L’educazione giuridica in Italia*, in Giuliani-Picardi (a cura di), *L’educazione giuridica. I modelli di Università e progetti di riforma*, Perugia, 1978, pp. 406-409, nonché nella medesima opera anche Scarpelli, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, pp. 58-59.

VI.
IL GIUDIZIO SULLA PENA:
considerazioni di sintesi

Pensare il sistema penale sostanziale e processuale come un insieme – e l'intero processo sanzionatorio come un tutto senza smagliature – è per tutti sostanzialisti e processualisti, un dovere culturale, ancor prima che politico-criminale.

[MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 172]

SOMMARIO: 6.1. La pena *in executivis*: l'esigenza di una "grammatica univoca". Questione di metodo. – 6.1.1. La pena nel quadro del sistema multilivello: verso un'univoca "giustizia penale". – 6.1.2. Il tempo della pena. – 6.2. Giudicato e pena: quale soluzione? – 6.2.1. Prospettiva *de iure condito*: l'ampio raggio dell'art. 673 c.p.p. – 6.3. Prospettive *de iure condendo*: il giudizio sulla pena. – 6.3.1. Verso il processo bifasico: il profilo processuale. – 6.3.2. Profilo sostanziale: la nuova dimensione della pena secondo il modello special-preventivo. – 6.4. Il "problema della pena" è questione di politica criminale: l'imperativo di un rinnovamento culturale.

6.1. La pena *in executivis*: l'esigenza di una "grammatica univoca". Questione di metodo.

Tentando di tirare le fila del lavoro di ricerca, una nota conclusiva di metodo risulta doverosa¹¹⁶².

¹¹⁶² Con una nota di metodo, infatti, si è scelto di iniziare il lavoro di ricerca. Il tema del giudicato si presta sia a considerazioni processuali (e molto tecniche) sostanziali. L'istituto del giudicato ha rappresentato un espediente per l'analisi dei mutamenti attuali e, tutt'ora in corso di svolgimento, della scienza penalistica e, segnatamente, della fenomenologia della pena: in ragione di una esatta delimitazione normativa del giudicato è stato possibile indagare e valutare, in un quadro di sistema, gli interventi giurisprudenziali (su più livelli) che, a vario titolo, hanno inciso sullo statuto applicativo della pena: la cornice del sistema multilivello dei diritti umani è risultata indispensabile al fine di racchiudervi al suo interno tutte le manifestazioni giurisprudenziali che si sono susseguite, negli ultimi anni. Dall'evoluzione giurisprudenziale del sistema multilivello, è emersa la definitiva cedevolezza del giudicato, ovvero, in altri termini, la conferma di una sua fisiologica apertura verso la pena in esecuzione. Fondamentale, di conseguenza, è risultata l'analisi approfondita della disciplina dell'esecuzione, sia in termini processuali sia sostanziali per verificare (nel dettaglio delle norme, ma anche su un piano di sistema) la tenuta dell'attuale assetto normativo e per prospettare, in un'ottica *de iure condendo*, un sistema processuale adeguato ad accogliere gli esiti della riforma del sistema sanzionatorio. Dalla problematica attuale del giudicato è stato quindi possibile evidenziare le finalità della pena (o, meglio la finalità della pena che si presenta più congeniale di fronte ad un'esecuzione della pena così flessibile) ed i criteri di commisurazione giudiziale della stessa.

La scelta di privilegiare un'impostazione della ricerca trasversale, comprensiva cioè di profili di natura processuale, sostanziale e, talvolta, anche di tipo costituzionale, non è affatto casuale: il tema prescelto si presta infatti ad una trattazione interdisciplinare, coinvolgendo molteplici aspetti, numerosi fattori¹¹⁶³.

Il giudicato penale è un istituto congeniale all'elaborazione di un metodo di ricerca congiunto del *processo* e della *pena* a dimostrazione di quanto la perdurante (e, per certi versi, rigida ed eccessiva) separazione metodologica e disciplinare del diritto sostanziale rispetto alla procedura non consenta una corretta (e completa) comprensione di fenomeni, come la pena, che di per stessa, richiede una trattazione trasversale¹¹⁶⁴.

La necessità di recuperare *un metodo univoco e congiunto delle due discipline* e, quindi, di riconnettersi alle riflessioni illuminanti della dottrina di fine anni '80, è un'evidenza quanto mai attuale: le sollecitazioni della giurisprudenza sovranazionale, nonché il scenario internazionale (comparato) mettono in luce come la peculiarità italiana sia ad oggi un retaggio squisitamente di tipo storico che debba essere superato¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ Infiniti, nella misura in cui il tema del giudicato se unito alla problematica della pena e, quindi, non considerato fine a se stesso, comporta necessariamente una presa di posizione circa l'assetto normativo dell'esecuzione penale, del suo rapporto interno con la giurisdizione penitenziaria e del suo legame, esterno, con il processo di cognizione. Diviene fondamentale quindi indagare il rapporto tra giudicato ed esecuzione e comprendere quale siano i principi cardine dell'esecuzione penale stessa e quali siano inoltre le norme coinvolte e in base a quale *ratio* sia possibile ricondurle all'interno delle maglie processuali piuttosto che sotto la copertura di principi penalistici. Essenziale è infine la questione circa la funzione preminente della pena in esecuzione e, se questa possa realisticamente essere esportata anche nelle fasi precedenti di politica criminale (tecnica legislativa e della previsione astratta), della commisurazione della pena e della sua materiale esecuzione.

¹¹⁶⁴ Che la materia dell'esecuzione penale sia a cavaliere tra la procedura ed il diritto sostanziale è un dato evidente e tangibile.

¹¹⁶⁵ Del resto, per un suo superamento, si muove non solo la dottrina e, segnatamente la parte di dottrina che è dedita alla trattazione di tematiche a cavaliere tra il processo e la pena (come, ad es., gli studiosi della punibilità, nonché dell'esecuzione penale), ma anche il legislatore, il quale, nel delineare le riforme *post-sovrappopolamento* carcerario, ha mostrato una particolare sensibilità per questioni attinenti alla pena e al suo collocarsi nella dimensione processuale: *processo* e *pena* risultano, infatti, un binomio indissolubile ed indefettibile, il *quid* minimo su cui innestare qualsiasi tipo di riflessione in prospettiva *de iure condendo*. In tale direzione si è mosso il legislatore, nella misura in cui, inserendo figure come la sospensione del procedimento con messa alla prova, non solo ha instaurato una riflessione sulla dinamica punitiva (qui, interrotta, a favore di una "nuova" dimensione riparativa), ma ha evidenziato la necessità di rimeditare la *ratio* del processo stesso. Allo stesso modo, potrebbe dirsi per la neo-introdotta causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, laddove, in termini generali, il legislatore ha ripreso schemi, già applicati (positivamente) nei micro-cosmi della giustizia del giudice di pace e del processo minorile, per evitare la comminazione della pena per fatti ritenuti non eccessivamente gravi (interrompendo ancora una volta lo schema *processo + pena*). L'insieme, inoltre, delle riforme già esaminate, incidenti sulla materia esecutiva hanno coinvolto "la materia penale" in diversi punti sia processuali sia tecnicamente penitenziari, evidenziando come il "problema pena" non sia un aspetto puramente teorico, da relegare ai margini della trattazione del diritto penale sostanziale, così come un aspetto meramente pratico, da valutare in ordine alla sola conformità delle norme processuali/esecutive, bensì un punto dolente di tutto il

L'applicazione del metodo *tras-azionale*, di cui si è ampiamente detto, in apertura del lavoro di ricerca, è congeniale perché permette di comprendere non solo le connessioni esistenti tra il *processo e la pena* che sono evidenti e tangibili nella misura in cui si consideri la fenomenologia della pena nel suo divenire nel tempo, dalla sua cristallizzazione nel dispositivo di condanna alla sua esecuzione concreta fino al suo esaurirsi. Risulta di fondamentale importanza tale passaggio, laddove si consideri che, per tradizione storica e disciplinare, l'esecuzione della pena è sempre stata considerata una mera appendice del processo penale (come insieme di regole meramente tecniche e burocratiche), mentre, con l'affinarsi della sensisibilità della dottrina, nonché della giurisprudenza (costituzionale, ma anche di legittimità) tale fase acquisisce lo stesso rango "nobile" del processo penale fino a potersi definire come parte integrante del processo stesso: il processo penale diviene quindi un *continuum* che si instaura con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e si esaurisce con lo spirare del termine del fine pena¹¹⁶⁶.

Non solo. La verifica delle connessioni esistenti tra i due poli, processo e pena, consente anche di individuare i punti di frizione e di contraddizione tra i medesimi: il *binomio processo e pena* risulta, infatti, in una prospettiva, *de iure condendo*, superabile, nella misura in cui si riconosca che la quintessenza del processo non sta *nel punire* (e, nella ricerca spasmodica del "colpevole"), bensì nell'accertamento di un "fatto colpevole" (*id est*: nell'attribuibilità dell'accusa penale all'imputato), tramite la corrispondenza dell'imputazione rispetto al fatto concreto. La penalità rappresenta un *quid pluris* rispetto all'affermazione (positiva) della responsabilità dell'imputato e come tale dovrebbe essere trattata con dovuta attenzione e sensibilità: se è vero che non può aversi una pena (almeno definitiva) senza processo¹¹⁶⁷, è altrettanto corretto affermare

sistema "giustizia penale": il "problema" della pena e della sua legittimità in un ordinamento costituzionalmente orientato, oltre che "internazionalmente" diretto, necessita una riflessione globale, secondo un metodo di indagine *trans-(n)azionale*, uno studio, quindi, votato alla ricerca delle relazioni reciproche e connessioni e, allo stesso tempo, differenze e peculiarità.

¹¹⁶⁶ Idea che sul piano sostanziale rimanda ad un concetto di pena come "progetto" trattamentale che inizia in sede processuale e continua in fase esecutiva e come tale deve necessariamente essere sottoposto al vaglio della giurisdizione per consentire i mutamenti di trattamento che si rendono indispensabili all'attuazione del finalismo rieducativo.

¹¹⁶⁷ Tale punto risulta controverso, ad oggi, con riguardo all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, nella misura in cui si accentui la sua componente afflittiva: l'equiparazione del periodo di prova ai canoni della pena comporterebbe delle frizioni (insanabili) rispetto ai principi classici del diritto penale (*id est*: principio di colpevolezza) ed i caposaldi del processo penale, in primis, della presunzione di non colpevolezza, *ex art. 27, co. 2 Cost.*; questioni, peraltro, attualmente pendenti dinanzi alla Corte costituzionale.

che può celebrarsi un processo anche senza culminare in concreto in una comminazione della pena¹¹⁶⁸.

Il giudicato rappresenta il punto di chiusura tra il processo di cognizione e l'esecuzione: l'elemento logico-normativo che segna definitivamente la chiusura del processo e, quindi, della trattazione della colpevolezza ed il passaggio all'esecuzione, alla concretezza materiale del comando punitivo sulla persona.

L'esecuzione della pena rappresenta, quindi, il vero banco di prova, un punto di vista privilegiato, grazie a cui è possibile misurare la validità del sistema sanzionatorio, da un lato, e la struttura processuale, dall'altro: dal "fondo" della materia penale è infatti ipotizzabile una rimeditazione complessiva della scienza penalistica, una presa di coscienza della necessità di un cambiamento totale, in cui l'*input* è rappresentato proprio dall'esecuzione, ovvero dal momento conclusivo della vicenda penale (*id est*: la punta dell'*iceberg*), per procedere poi a ritroso nell'individuazione dei veri punti nodali della giustizia penale sia dal punto di vista dell'inadeguatezza dell'attuale strutturale procedurale sia dal diverso punto di vista sostanziale di politica criminale e di risposta sanzionatoria¹¹⁶⁹.

Si ritiene, infatti, che i punti di vista procedurale e sostanziale dovrebbero convergere in un univoco obiettivo superiore e, per così dire, "nobile", di una giustizia penale conforme a Costituzione ed orientata al recepimento (almeno di tipo dialogico) del tessuto giurisprudenziale europeo: il punto nodale è dato dalla tutela dei diritti umani del detenuto e dall'individuazione degli strumenti normativi più adeguati per assicurare uno *standard* minimo di protezione adeguato ed effettivo alla persona che soggiace alla restrizione della libertà personale¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ Di tutta evidenza è l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p., richiamato più volte.

¹¹⁶⁹ In tal senso il giudicato rappresenta un punto di vista privilegiato, perché è possibile ripercorrere, anche se a ritroso, le principali criticità dell'attuale sistema penalistico.

¹¹⁷⁰ Il metodo *tras-azionale* risulta inoltre fondamentale nella misura in cui ha rivelato come una profonda conoscenza di entrambe le discipline fornisca gli strumenti sia per comprendere (e, quindi suggerire e risultare influenti rispetto al) le riforme in materia penitenziaria e dei nuovi istituti che si presentano fisiologicamente come "norme complesse", a duplice natura (*id est*: la sospensione del procedimento con messa alla prova, piuttosto che la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto o ancora la prescrizione) sia per ipotizzare nuovi paradigmi alternativi al diritto penale (*id est*: *restorative justice*).

6.1.1. *La pena nel quadro del sistema multilivello: verso un'univoca e superiore "giustizia penale".*

Ad un'analisi della giurisprudenza sovranazionale (*id est*: l'asse Lussemburgo/Strasburgo), è emerso in modo univoco come la pena sia parte integrante della "materia penale": non solo, sul piano della previsione astratta, quanto nel suo più tecnico momento esecutivo¹¹⁷¹.

Si dovrebbe immaginare, infatti, come all'interno della dicitura più ampia di *criminal law* (tradotto con "*diritto criminale*") si collochi *la materia penale* (che, da un punto di vista interno, coincide con il diritto penale sostanziale): da un cerchio più ampio, si passa ad un cerchio più sottile e delimitato, comprensivo dei principi garantistici propri del diritto sostanziale. Al di fuori di tale cerchio, ma sempre all'interno della *criminal law* o *justice* si colloca la procedura penale. Un'intersezione tra la procedura ed il diritto sostanziale è data proprio dalle norme dell'esecuzione della pena: non tutta, nel suo insieme, ma solamente da alcuni istituti che, per quanto normativamente siano collocati all'interno del codice di rito processuale, piuttosto che amministrativo, beneficino dei principi garantistici della *materia penale*, perché incidendo qualitativamente o quantitativamente sulla pena, fanno parte integrante del trattamento sanzionatorio, anche se in modo indiretto (ma diretto, perché comunque comportano una variazione sensibile della pena e, quindi, incidono *direttamente sulla libertà della persona detenuta*).

Se, come si è evidenziato, non è possibile individuare una regola generale, nella misura in cui, secondo le fonti europee, non tutta la materia esecutiva può essere ricondotta all'interno dell'alveo di tutela dell'art. 7 Cedu/49 della Carta europea dei diritti fondamentali, è invece ipotizzabile *una qualificazione in termini sostanziali di qualsiasi norma e/o istituto che incida direttamente (sulla qualità e/o quantità) del trattamento sanzionatorio*. Secondo tale prospettiva, quindi, alle disposizioni in esame, pur se qualificate, sul piano interno (nazionale) come norme processuali/esecutive, sarà applicabile lo statuto garantistico proprio della "materia penale" e, quindi, il divieto di irretroattività della legge sfavorevole, *ex art. 7, § 1 Cedu e 49, § 1 Carta europea dei*

¹¹⁷¹ Ad onor del vero, la giurisprudenza sovranazionale non generalizza la riconduzione dell'esecuzione all'interno della materia penale, svolgendo, invece, un discorso puntuale sulle singole fattispecie, di volta in volta, proposte alla attenzione dei giudici.

diritti fondamentali, nonché del parallelo (e “costituzionalizzato”) principio di retroattività della *lex mitior* (ex artt. 7, § 2 Cedu e 49, § 2 della Carta)¹¹⁷².

Sul versante della Corte di Lussemburgo, l’incidenza retroattiva della norma comunitaria che deve risultare prevalente e direttamente applicabile, rispetto ad una norma nazionale dichiarata incompatibile, viene decretato definitivamente con riguardo (nello specifico) alla materia esecutiva con il *leading case El Dridi*¹¹⁷³, in cui viene cristallizzato quale principio supremo, espressione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e parte integrante del diritto comunitario (originario), il principio dell’applicazione retroattiva della *lex mitior*.

Tale ragionamento, per la Corte di Strasburgo, è stato evidenziato correttamente nella sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*, nella misura in cui si disquisiva intorno alla qualificazione normativa e, quindi, al suo ambito di operatività temporale, in relazione all’istituto penitenziario della *redención de penas por trabajo*, qualificato come norma sostanziale (perché incidente direttamente sulla pena) e ricondotto, di conseguenza, nell’alveo di tutela del principio di legalità dell’art. 7 Cedu (e del suo relativo corollario di divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*); medesime conclusioni sono state tratte dalla giurisprudenza in relazione al divieto di irretroattività sfavorevole della misura di sicurezza della custodia cautelare (*id est: Sicherungsverwahrung*) nei *leading cases M. c. Germania*¹¹⁷⁴.

¹¹⁷² Tali principi come tutti gli altri corollari del principio di legalità, dalla determinatezza/precisione della fattispecie, al divieto di analogia, alla proporzione della pena. I principi citati sono stati oggetto di un’approfondita analisi (rispetto agli altri corollari), in ragione della loro estrema rilevanza sull’esecuzione della pena e sulla loro applicabilità anche in esecuzione.

¹¹⁷³ Come si è correttamente evidenziato, il principio di retroattività della *lex mitior* è stato elevato a rango di principio di diritto comunitario con la sentenza *Berlusconi e altri*: la differenza di rilevanza risiede nel fatto, che nella precedente pronuncia non si verteva direttamente rispetto a fattispecie già definite e, quindi, le potenzialità applicative della sentenza e le sue ricadute pratiche si risolvono interamente a livello di previsione astratta della norma in questione. La rilevanza del principio comunitario sarà destinato ad assumere sempre maggiore spessore nella misura in cui la Corte di Giustizia argomenti le proprie ragioni, non tanto sull’appartenza del principio alle tradizioni costituzionali comuni, quanto in forza dell’art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali che, come è noto, ha diretta applicabilità sui sistemi interni e, quindi, giustificerebbe un’azione del giudice interno motivato unicamente in base a tale disposizione: è anche vero che tale operazione potrebbe essere effettuata dal giudice, senza, quindi, doversi rivolgere alla Corte costituzionale, con la disapplicazione della norma interna incompatibile, solo nelle materie di diretto interesse dell’Unione e non nella generalità dei casi. Per quanto, quindi, la diretta applicabilità della norma richiamata sia fortemente auspicabile, non può ritenersi che la diretta applicabilità dell’art. 49 della Carta sia in grado di risolvere tutte le questioni attinenti il regime temporale delle norme esecutive, soprattutto, se la disposizione interna in esame, non riguarda l’attuazione degli interessi comunitari.

¹¹⁷⁴ Sono i casi più rappresentativi perché oggetto del ricorso è proprio la qualificazione normativa di un istituto che concerne l’esecuzione o la cui applicazione postula l’espiazione della pena principale.

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, di cui si è ampiamente detto in precedenza, che è stato trattato dalla giurisprudenza interna (in fase di esecuzione), nonché dal Governo (nelle comunicazioni con il Comitato del Consiglio d'Europa) come una sentenza “sostanzialmente” pilota, con effetti potenzialmente esplicabili *erga omnes* (oltre, quindi, il caso del singolo ricorrente) tanto che la stessa Corte costituzionale, con la sent. 210/2013, recepisce di fatto le indicazioni sovranazionali, rimuovendo l'ostacolo normativo dell'art. 7 del d.l. n. 341/2000 che prevedeva l'applicazione retroattiva di una modifica peggiorativa (“travestita” da interpretazione autentica della norma precedente) del trattamento sanzionatorio dell'imputato (che, con l'accesso al rito alternativo, per effetto della diminuzione secca della pena, avrebbe dovuto essere punito a titolo di anni trenta di reclusione, in luogo dell'ergastolo).

Il dato innovativo che non si può non riconoscere al caso *Scoppola* risiede nell'affermazione di un “diritto quesito” da parte dell'imputato nel vedersi applicare il trattamento sanzionatorio a lui più favorevole, nel momento in cui, in forza di un susseguirsi di più disposizioni, si sono “maturati” i presupposti applicativi per accedere alla norma di favore¹¹⁷⁵.

La ritrosia della Corte costituzionale a recepire tale principio come regola generale valevole in giudizio risiede in una scorretta delimitazione della questione all'interno del processo di cognizione, in cui al diritto dell'imputato ad accedere ad una norma di favore fanno da controaltare altri principi costituzionali, di pari rango, tra cui, la ragionevole durata del processo¹¹⁷⁶: tale argomentazione, come è ormai noto alla letteratura maggioritaria, si espone alla critica per cui di fronte a principi costituzionali di pari rango, il diritto dell'imputato ad essere sottoposto ad un trattamento sanzionatorio equo (*ex art. 3 Cost.*) e conforme al finalismo rieducativo della pena (*ex art. 27, co. 3 Cost.*) non possa recedere (semmai risultare equivalente?) rispetto ai tempi processuali della giustizia penale. Il vero punto nodale del caso *Scoppola*, non è tanto l'applicazione di un regime di favore in cognizione di una norma processuale,

¹¹⁷⁵ Tanto innovativa da venire in considerazione, seppur nel principio di diritto in essa contenuta, anche nei confronti dei casi simili: punto fermo delineato nel procedimento Ercolano, da parte delle Sezioni Unite, sent. 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821.

¹¹⁷⁶ Si allude alla serie di pronunce costituzionali che si sono seguite rispetto al caso *Scoppola*, citate, a più riprese nel lavoro di ricerca: cfr. Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; orientamento confermato anche successivamente dalla Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230.

qualificata come sostanziale (*id est*: art. 442, co. 2 c.p.p.)¹¹⁷⁷, quanto che tale operazione debba essere garantita anche in esecuzione della pena con una sentenza di condanna passata in giudicato.

In sede escutiva, il principio della certezza del diritto deve essere infatti interpretato in termini di *certezza dei diritti del detenuto*: l'unico limite ipotizzabile per impedire l'applicabilità dei principi garantistici sostanziali potrebbe essere rappresentato, sul piano interno, dalla ragionevole durata del procedimento esecutivo e dall'intangibilità del giudicato, che, come si è argomentato, non rappresentano altrettanti valori costituzionali¹¹⁷⁸: in corso di espiazione della pena, il detenuto

¹¹⁷⁷ Anche perché tale tecnica qualificatoria non è nuova per il panorama giurisprudenziale interno, in relazione ad altri istituti particolarmente controversi, come, ad es., le condizioni di procedibilità, piuttosto che le misure cautelari, ovvero le cause di estinzione del reato, tra cui la prescrizione, ovvero le cause di esclusione della punibilità. Rappresenta, però, una novità nel momento in cui sul piano interno, la giurisprudenza dominante nega qualsiasi apertura contraria nei confronti delle norme esecutive. Risolutive sul punto, sono state due sentenze della Corte di Cassazione recentemente intervenute sulla materia cautelare che lasciano intravedere una possibilità di mutamento di sensibilità della giurisprudenza di legittimità nei confronti delle norme processuali che dispongono la privazione della libertà personale: con sent. 31 marzo 2011, n. 27919, le Sezioni Unite Ambrogio avevano prospettato un *revirement* della propria precedente giurisprudenza, sostenendo come, in assenza di una disposizione transitoria: “la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica [...] non può subire modifiche per effetto della nuova, *più sfavorevole normativa*”. Se, nella sentenza Ambrogio, si è sancito il principio di irretroattività della sopravvenienza normativa sfavorevole alla misura cautelare in corso di esecuzione, con la sent. 8 ottobre 2013, n. 48462, la Corte di Cassazione si pronuncia sull'opposto principio, sancendo *il definitivo ingresso del principio di retroattività della sopravvenienza normativa più favorevole rispetto alla misura cautelare in corso*, “pur in assenza di una specifica disciplina transitoria, deve ritenersi che la modifica normativa in esame sia senz'altro applicabile ai procedimenti cautelari in corso al momento dell'entrata in vigore della su citata l. n. 94/2013”: secondo la Corte, l'applicazione delle modifiche *in bonam partem* alle misure cautelari in corso di esecuzione è imposta dal principio di legalità, che, per le misure cautelari, trova espressione nell'art. 13 Cost. e 272 c.p.p.: “Mantenere la custodia in carcere per un reato non è più riconducibile nelle condizioni “costitutive” poste dall'art. 280, co. 2 c.p.p. significherebbe privare un soggetto della propria libertà personale al di fuori dei casi previsti dalla legge”.

¹¹⁷⁸ Sul principio della ragionevole durata del procedimento esecutivo, si è già detto: tale principio non è nemmeno espressamente indicato in Costituzione e la stessa formulazione letterale dell'art. 111 Cost. farebbe pensare che tali garanzie si applichino unicamente al processo di cognizione. Sulla mancata costituzionalizzazione della fase esecutiva, la dottrina maggioritaria si presenta ormai unanime nell'affermare come tale condizione sia un *vulnus* del sistema processuale: nella misura in cui, quindi, si estendano le maglie dell'art. 111 Cost. fino a farvi rientrare anche l'esecuzione della pena non si possono immaginare dei principi che vadano a scapito del detenuto e del suo percorso trattamentale. Ritenere costituzionalmente fondato il principio della ragionevole durata del procedimento esecutivo non può quindi rivelarsi un espediente per aggravare la situazione del detenuto; potrà semmai risultare utile quale mezzo per far valere l'ineffettività dei tempi della giurisdizione esecutiva e penitenziaria (l'eccessiva dilatazione dei tempi di giudizio delle singole procedure esecutive). Sull'intangibilità del giudicato, invece, si è argomentato ampiamente e si è aderito alla tesi maggioritaria espressa da una buona parte della dottrina, nonché della giurisprudenza costituzionale (e di legittimità, più recente) per cui, tale istituto non solo non ha una diretta discendenza costituzionale, ma svolge una funzione di raccordo logico-normativo tra il processo e l'esecuzione a tutela di altri principi costituzionali, quali in primis, la presunzione di non colpevolezza. La sua *ratio* fortemente garantistica impedisce che il giudicato possa ad oggi rivelarsi quale ostacolo alla tutela dei diritti umani del detenuto.

rappresenta il soggetto più vulnerabile e qualsiasi violazione dei suoi diritti umani risultano come delle patenti lesioni al principio costituzionale della rieducazione. La valorizzazione sostanziale della pena in esecuzione viene data nel sistema costituzionale dal combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., un binomio valoriale che rappresenta un *quid pluris* rispetto alle fonti sovranazionali, in forza del quale è fondamentale ragionare sia in termini di qualificazione sostanziale di tutto ciò che inerisce la pena sia in termini di corretto bilanciamento dei beni giuridici costituzionali in conflitto.

6.1.2. *Il tempo della pena.*

In ragione di tali argomentazioni, si è spostato il dibattito sulla natura delle norme esecutive sul piano interno e costituzionale. La *querelle* è divenuta quanto mai attuale in relazione all'applicazione dei mutamenti normativi che sono seguiti di recente, per effetto delle riforme *post Torreggiani*, sull'art. 656 c.p.p. e sulla disciplina normativa della liberazione anticipata (in assenza di una disciplina normativa espressa in punto di regime transitorio).

Trattandosi entrambe di due norme processuali/esecutive, a fronte delle innovazioni normative, risulta precluso al giudice dell'esecuzione (e anche al pubblico ministero) la loro applicazione retroattiva nei confronti dei detenuti che, al momento dell'entrata in vigore abbiano maturato i requisiti di accesso al mutamento di favore, così come risultano, invece, applicabili le modifiche peggiorative, al momento della decisione, anche se entrate in vigore successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁹ Con riguardo all'art. 656 c.p.p., si è condiviso l'orientamento di una parte della dottrina che, nel tentativo di valorizzare gli interventi *in melius* operati dal legislatore, ha operato una distinzione, a seconda che l'attività della pubblica accusa sia già stata iniziata oppure no: 1. nel caso in cui il pubblico ministero debba ancora emettere l'ordine di esecuzione e, nelle more dell'operazione, sia intervenuta la modifica, la pubblica accusa è tenuta sia a sospendere l'ordine nei confronti del recidivo reiterato (con estensione dell'operatività del meccanismo sospensivo *in melius* per il condannato) sia a incardinare l'esecuzione per i delitti "ostativi" inseriti proprio con la riforma (con effetti irretroattivi *in malam partem* per il condannato), ex artt. 572, co. 2 e 612-bis co. 3 c.p.; 2. nel caso in cui, invece, l'ordine di esecuzione sia già stato emesso e la sua sospensione sia già stata notificata si esclude che modifiche *in peius* possano determinare una revoca del provvedimento emesso (in conformità, anche al principio di irretroattività che per le norme processuali, comunque, viene sancito ai sensi dell'art. 13 Cost.); 3. nel caso in cui l'azione esecutiva sia già stata promossa, il pubblico ministero non può revocare il provvedimento esecutivo per la sopravvenuta modifica *in melius*: si ritiene irragionevolmente ingiustificata tale soluzione normativa, che vede uno spiraglio di apertura contraria, nel principio di diritto elaborato dalla giurisprudenza di

Tentando di esportare tali suggestioni ad un livello generale sul regime temporale delle norme esecutive (processuali e penitenziarie), non sono risultate convincenti argomentazioni contrarie ad un'applicazione dei principi garantistici del diritto penale sostanziale ed una loro correlativa estensione in esecuzione a tutela della libertà personale del detenuto¹¹⁸⁰.

Sull'operatività del divieto di irretroattività della legge sfavorevole in esecuzione, si è argomentato che il suo fondamento risiederebbe in una ragione di natura testuale, atteso che il verbo “punire” enunciato nell'art. 25, co. 2 Cost. sarebbe idoneo a contrassegnare tutto ciò che viene compiuto per dare concreta attuazione ad una sentenza di condanna tanto che «la formula “nessuno può essere punito [...]” potrebbe essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso “trattamento” punitivo»¹¹⁸¹. Eventuali modifiche *in peius* attinenti al regime dell'esecuzione, sia che si

legittimità in materia di misure cautelare con la pronuncia dell'8 ottobre 2013, n. 48462. Se può dirsi che il principio di retroattività della sopravvenienza normativa più favorevole rispetto alla misura cautelare in corso sia ormai stato acquisito come pacifico, non si vede perché applicare tale principio unicamente alle misure cautelari, in cui la privazione della libertà è pur sempre provvisoria, connessa a specifiche esigenze cautelari e collocata in seno al processo, rispetto all'esecuzione penale, in cui la restrizione della libertà si verifica in via definitiva, al di fuori dei limiti previsti dalla legge, perché riformata in termini più favorevoli per il condannato, con una patente violazione del principio di legalità – se non riconducibile sotto il piano sostanziale degli artt. 25, co. 2 Cost. e 1 c.p.p. – almeno sotto il principio costituzionale in materia di privazione della libertà personale, *ex art. 13 Cost.* Con riguardo, invece, alla disciplina della liberazione anticipata speciale, sono emerse delle criticità in ordine alla rilevabilità di una discrasia circa la concedibilità della misura (di durata di settantacinque giorni, anziché di quarantacinque, *ex art. 54 ord. penit.*), ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ammessa nel d.l. 78/2013 ed, invece, negata in sede di conversione nella legge n. 10/2014. Alla luce della promulgazione della novella legislativa e in difetto di espressa previsione, visto che si è ommesso di dettare delle disposizioni transitorie che accompagnassero le rilevanti modifiche apportate dalla legge di conversione, non risulta, per certi aspetti, chiara l'applicabilità dell'istituto in esame: la dottrina si è chiesta, quindi, quale possa essere la sorte delle istanze già accolte dal magistrato di sorveglianza al momento della conversione in legge, grazie alle quali i detenuti in regime *ex art. 4-bis* ord. penit. abbiano ottenuto uno sconto maggiore di pena. Ancora. Ulteriore interrogativo è ruotato intorno alla sorte delle istanze avanzate sotto il regime del d.l. 78/2013 dai condannati che, secondo la normativa allora vigente, erano nella condizione di ottenere il beneficio penitenziario, ma che non sono ancora state decise dal magistrato di sorveglianza: si è condiviso la soluzione della dottrina per cui si è proceduto ad una sostanziale equiparazione del regime temporale della liberazione anticipata al fenomeno di successioni di norme penali nel tempo e, segnatamente nell'alveo del co. 5 dell'art. 2 c.p. in materia di successione di leggi penali in caso di decreto legge (non convertito) convertito con modifiche: secondo tale prospettiva le istanze dei condannati dovrebbero essere accolte, laddove ne abbiano maturato i requisiti prima dell'entrata in vigore della legge e ciò prescindendo dalla circostanza che la relativa istanza sia stata già avanzata nella vigenza del decreto legge o venga presentata dopo la sua conversione.

¹¹⁸⁰ Gli argomenti contrari potrebbero essere così individuati: (1) nel principio dell'*intangibilità del giudicato*, inteso quale istituto direttamente funzionale alla tutela della certezza del diritto (nella dimensione oggettiva, stabilità dei rapporti giuridici, e soggettiva, stabilità del *decisum* contro la perpetuazione dell'accusa penale nei confronti del singolo per la medesima fattispecie, *cfr. ne bis in idem*) e della presunzione di non colpevolezza; (2) ragionevole durata del procedimento esecutivo.

¹¹⁸¹ *Cfr. BRICOLA, L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi, cit., p. 279.*

concretizzino in un complessivo inasprimento del normale regime carcerario, sia che si ripercuotano sulla disciplina degli istituti risocializzanti, non dovrebbero trovare, quindi, applicazione retroattiva.

L'art. 25, co. 2 Cost. deve essere necessariamente raccordato con l'art. 27, co. 3 Cost., il quale «postula un adeguamento dell'esecuzione alla personalità del singolo reo o la necessaria trasformazione di essa in un "trattamento progressivo" insuscettibile di puntuale determinazione legislativa»¹¹⁸². Presa di posizione assunta anche dalla Corte costituzionale, la quale ha concluso come l'art. 27, co. 3 Cost. imponga un generale divieto in capo al legislatore di "provocare, attraverso mutamenti legislativi, una vanificazione *ex post* degli sforzi compiuti dal singolo condannato per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione"¹¹⁸³.

Il necessario ripensamento dei rapporti intercorrenti tra l'art. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., secondo una lettura costituzionalmente orientata, dovrebbe condurre la giurisprudenza ad adottare l'orientamento dottrinale (ad oggi, ritenuto minoritario) che riconduce all'interno dell'alveo dell'art. 25, co. 2 Cost. (funzionale all'attuazione del finalismo rieducativo in esecuzione) tutte quelle norme, che, a prescindere dalla loro collocazione tecnica-normativa, penale, processuale e penitenziaria, incidono direttamente sulla libertà individuale del condannato: anche laddove, non si volesse seguire tale ricostruzione, il principio processuale del *tempus regit actum* dovrebbe, in ogni caso, trovare un contemperamento nel principio generale dell'art. 13 Cost. in materia di privazione della libertà personale e non consentire forme di detenzione, al di fuori dei casi *non più* previsti dalla legge.

Ulteriore ancora potrebbe essere rinvenuta ragionevolmente nella giurisprudenza sovranazionale intorno all'art. 7, § 1 Cedu, nonché in relazione all'art. 49, § 1 della Carta europea dei diritti fondamentali e, più in generale, a fronte dell'unanime riconoscimento del principio di irretroattività esteso alle norme processuali (perché inesistente la rigida separazione disciplinare e metodologica, tipica italiana) nel panorama internazionale¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² Per un riferimento alle principali pronunce costituzionali richiamate in sintesi, cfr. Corte cost., 8 luglio 1993; Corte cost., 11 dicembre 1995, n. 504; Corte cost. 16 dicembre 1997, n. 445 e Corte cost. 14 aprile 1999, n. 137. 28 Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51, in *Giust. pen.* 1985, I, c. 132.

¹¹⁸³ Cfr. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, cit., p. 12.

¹¹⁸⁴ La stessa giurisprudenza sovranazionale citata sopra.

Le ragioni poste a fondamento dell'applicabilità del principio speculare della retroattività della *lex mitior* sono state rinvenute, principalmente, in tre ordini di fattori¹¹⁸⁵: (1) principio di legalità, *ex art. 25, co. 2 Cost.* unitamente al finalismo rieducativo, il quale permea l'intera fase esecutiva della pena sia nella sua riconduzione all'interno del principio di legalità, *ex art. 25, co. 2 Cost.*, secondo una moderna visione della pena flessibile ed individualizzata sul singolo detenuto, sia sotto il profilo del principio di uguaglianza, laddove vieta che due situazioni uguali vengano trattate diversamente; (2) la finalità rieducativa della pena, *ex art. 27, co. 3 Cost.*; (3) il principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost. nella misura in cui si vieta la discriminazione irragionevole tra situazioni uguali¹¹⁸⁶.

La questione sembra potersi risolvere anticipatamente quale conflitto apparente di valori costituzionali contrapposti, nella misura in cui atteso un riconoscimento del valore della ragionevole durata del procedimento esecutivo, i confliggenti principi costituzionali letti sotto la prospettiva del finalismo rieducativo, *ex art. 27, co. 3 Cost.* dovrebbero essere considerati prevalenti e, quindi, non dovrebbero sussistere sufficienti ragioni per considerare legittima costituzionalmente una soluzione che neghi l'applicazione retroattiva di una misura alternativa e/o di un beneficio penitenziario in esecuzione; medesime considerazioni valgono anche in caso di assenza di una

¹¹⁸⁵ Si è argomentato, inoltre, sulla rilevanza costituzionale della soluzione favorevole all'estensione del principio della retroattività della *lex mitior* alle norme esecutive (ritenute sostanziali) anche per il tramite del diritto di difesa, *ex art. 24, co. 2 Cost.*, il quale, come già detto, trova piena copertura anche e, soprattutto in fase esecutiva. La realizzazione del diritto di difesa in sede esecutiva si rivela infatti di fondamentale importanza in virtù delle questioni estremamente tecniche in essa trattate: la possibilità di far valere in esecuzione i segnali positivi della partecipazione al percorso trattamentale raggiunti piuttosto che gli esiti migliorativi che l'estensione della misura potrebbero provocare sulla situazione concreta del detenuto (a parità di requisiti "maturati" dallo stesso al momento del mutamento normativo favorevole) rappresentano senza dubbio dei punti a favore verso un'idea di esecuzione il più vicino possibile ai principi di equità e giustizia sostanziale.

¹¹⁸⁶ Immaginando infatti la situazione di un detenuto che abbia già maturato tutti i requisiti sostanziali in ordine alla sua positiva partecipazione al percorso trattamentale al quale venga precluso l'accesso a un dato beneficio penitenziario e/o misura alternativa, la cui disciplina è stata nel contempo oggetto di una riforma a lui favorevole, a parità di un soggetto condannato con sentenza definitiva, il quale non sia ancora stato raggiunto dall'ordine di esecuzione e, pertanto, in attesa dell'inizio dell'esecuzione, senza aver intrapreso un percorso trattamentale perché non ancora affidato al circuito penitenziario: a tale soggetto sarà infatti possibile applicare la norma più favorevole con ciò rilevandosi una patente violazione del principio rieducativo, non tanto sotto il profilo formale, quanto dal punto di vista contenutistico, atteso che il suo esito verrebbe minato proprio nei confronti del soggetto che più ha manifestato un'adesione positiva ad esso e concesso al soggetto che, al contrario, senza alcuna partecipazione, potrebbe ipotecare, allo stato libero, un beneficio penitenziario a cui accederà in esecuzione.

disposizione transitoria che consenta espressamente l'estensione della disciplina favorevole.

Ulteriore questione controversa è data dal mantenimento della differenza di trattamento sanzionatorio (perché si mantiene il limite del giudicato) tra l'ipotesi di cui al co. 3 dell'art. 2 c.p. e il successivo comma 4: si è argomentato come l'ipotesi del co. 3 dell'art. 2 c.p. sia di natura "idrica", conservando tratti fondamentali (perché la *ratio*, di fatto, è la medesima) del fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, ma beneficiando del regime dell'*abolitio criminis*, con il travolgimento del giudicato.

Aderendo sostanzialmente a quella parte di dottrina che tenta di ricondurre ad univocità le varie ipotesi di incidenza della legge favorevole successiva della pena, all'interno della più ampia categoria di "fenomeno abolitivo"¹¹⁸⁷, gioverebbe ipotizzare, *de iure condendo*, la modifica del co. 4 dell'art. 2 c.p., che potrebbe essere attuata anche mediante un intervento additivo della Corte costituzionale in tal senso (come del resto, è stato auspicato in più occasioni dalla dottrina e, segnatamente, di recente con riferimento all'incidenza del mutamento legislativo in materia di sostanze stupefacenti) oppure, in forza di un ripensamento complessivo della disposizione di cui all'art. 2 c.p., con una sostanziale armonizzazione delle diverse ipotesi ivi elencate: si avrebbe, in luogo dell'attuale disciplina, un'unica disposizione in materia di leggi più favorevoli successive, che, sul piano degli effetti, consentirebbero al giudice in sede d'esecuzione di revocare il giudicato, ai sensi dell'art. 673 c.p.p.¹¹⁸⁸.

In tal modo, si avrebbe una chiusura lineare ed armonica del sistema processual-penalistico in materia di antinomie normative sopraggiunte in corso di espiatione pena, dopo la formazione del giudicato.

Ragioni ostative nel supportare tale tesi non appaiono convincenti, nella misura in cui si valorizzi la portata concettuale del principio di ragionevolezza: sul piano dei principi costituzionali, inoltre, verrebbe a ripristinarsi un corretto equilibrio in termini di equità tra coloro che beneficiano del mutamento normativo più favorevole, perché non ancora assoggettati ad una pronuncia di condanna definitiva e chi, al contrario, non può

¹¹⁸⁷ Principalmente si è condivisa l'impostazione concettuale di GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 22 ss., nonché DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, cit., pp. 1333-1335.

¹¹⁸⁸ Norma che, come si è visto, è in grado di risolvere in maniera univoca tutte le antinomie normative concernenti le sopravvenienze normative in esecuzione che abbiano a che fare con la legalità e/o conformità del titolo esecutivo.

beneficiarne per il passaggio in giudicato. Ragionando ancora in termini di *balancing test*, prevalenti dovrebbero risultare le istanze difensive costituzionalmente tutelate ai sensi dell'art. 24, co. 2 Cost., nella misura in cui sia consentito all'interessato e/o al difensore di far valere il trattamento sanzionatorio più favorevole sia prima sia dopo il passaggio in giudicato, anche nell'ottica del finalismo rieducativo, *ex art. 27, co. 3 Cost.*

6.2. Giudicato e pena: quale soluzione?

Si è ampiamente argomentato in ordine al rapporto tra *giudicato* e *pena*.

Dall'indagine è emerso come, già sul finire degli anni '80, momento storico fondamentale, in concomitanza con le riflessioni di modifica del codice di rito, il giudicato penale risultava “tangibile” e funzionalmente concepito come “aperto” sulla pena. Il cambio di ideologia ed impostazione ontologica della pena (e se, si vuole, del diritto penale stesso) sulla base dei dettami costituzionali, di cui agli artt. 24, 25 e 27 Cost., segna un passaggio fondamentale, da una visione dell'istituto come espressione delle istanze retribuzionistiche e general-preventive, all'apertura dello stesso verso il finalismo rieducativo della pena¹¹⁸⁹.

Ciò di cui si discute non è quindi il suo mantenimento o la sua abolizione, quanto *la legittimazione (o il pieno riconoscimento) di una sua non-infallibilità rispetto alla pena*: il giudicato infatti copre il dispositivo della sentenza in punto di accertamento della responsabilità penale, consentendo, da una parte la concretizzazione della certezza del diritto sul piano collettivo, e la cristallizzazione dell'accusa penale per quel determinato fatto nei confronti dell'imputato (*id est*: principio del *ne bis in idem*).

Se così è per l'accertamento, non allo stesso modo, si è concluso per la pena: nei confronti del dato punitivo (non descritto e concepito come un dato istantaneo compreso nella sentenza di condanna), inteso come un rapporto (tra detenuto e Stato) *in itinere*, non è pensabile concepire il giudicato con la medesima forza con cui se ne parla rispetto all'accertamento. Il rapporto esecutivo instauratosi correttamente (ovverosia, senza

¹¹⁸⁹ Il giudicato non è più sinonimo dell'infallibilità dell'autorità giudiziaria e del potere (punitivo e repressivo) dello Stato, ma uno strumento normativo conclusivo dell'accertamento processuale: un istituto indispensabile per le logiche del processo e delle dinamiche dell'accertamento. Il giudicato segna la chiusura dell'*iter* accertativo ed il passaggio (di consegne) all'esecuzione attuativa del comando. Svolge, quindi, una funzione fondamentale sia da una prospettiva collettiva sia individuale e, quindi, garantistica.

difetti di validità e/o di legittimità) è destinato ad essere continuamente sottoposto al controllo giurisdizionale il quale è chiamato a decidere sulla conformità della pena in concreto (non tanto rispetto al dato astratto e, quindi, alle previsioni del legislatore, quanto alla statuizione del giudice).

In esecuzione, infatti, il punto di riferimento, non è come nel processo di cognizione, il dato astratto, quanto il diritto penale in concreto così come è risultato dall'accertamento del processo e cristallizzatosi nel dispositivo di condanna: se, però, l'accertamento può dirsi esauritosi con il giudicato istantaneamente, gli effetti del dato sanzionatorio perdurano fintantoché è in corso l'esecuzione¹¹⁹⁰.

La valutazione del giudice dell'esecuzione sulla pena non è più meramente incidentale e tecnica, ma direttamente incidente anche sul disvalore penale del fatto.

Tali torsioni hanno decretato la fine di una concezione del giudice dell'esecuzione, quale mero controllore della validità formale del titolo esecutivo, a "nuovo" giudice della cognizione (che di fatto, ad oggi, lo è già) sulla pena: il *discrimen* tra l'operato del giudice in cognizione rispetto all'esecuzione sarebbe rappresentato oggi dal giudicato e da una limitata struttura procedimentale esecutiva che ad oggi, proprio in ragione del mutamento di "vesti" dell'esecuzione, richiederebbe una piena costituzionalizzazione.

Tali riflessioni portano a concludere come, da un lato, si dovrebbe sfatare il mito per cui non sia possibile concepire un margine di adattamento della pena in esecuzione, senza che si denunci l'ineffettività del sistema punitivo: il dato di riferimento per il

¹¹⁹⁰ Può dirsi, infatti, che il giudicato sulla pena si formi veramente ad esecuzione conclusa, dato che, fintantoché è in corso l'esecuzione della pena, il trattamento sanzionatorio può essere oggetto di modifica. Più visibile è tale situazione, a seguito delle sollecitazioni sovranazionali con i *leading case Scoppola* (n. 2) *c. Italia* e i casi (Ercolano) dei c.d. "fratelli minori" di Scoppola, nella misura in cui si è spostato il dibattito sulla pena (dal piano interno, ai rapporti tra magistratura di sorveglianza e giudice della cognizione) al piano esterno delle fonti del diritto: un titolo sovranazionale infatti ha imposto al giudice dell'esecuzione di modificare il dato punitivo, ovviando così ad un errore del giudice della cognizione. In parallelo, sul versante interno, la Corte costituzionale n. 32/2014 ha complicato la situazione (di per sé già complessa), alzando il tiro: se, infatti, sul piano sovranazionale, la Corte europea si è limitata a qualificare come sostanziale una norma processuale, perché incidente sulla pena qualitativamente, rimettendo all'Italia la via più opportuna per rimediare, sul piano interno, la Corte costituzionale ha, di fatto, reso d'obbligo l'intervento del giudice dell'esecuzione, decretando la reviviscenza dell'art. 73 t.u. stup., nella versione Iervolino-Vassalli. L'intervento nel merito dell'accertamento processuale, con la necessità del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena nei "nuovi" limiti edittali (più favorevoli) per il detenuto, si è percepita in tutta la sua evidenza nella misura in cui per effetto della rideterminazione, il *quantum* di pena risulta funzionale all'applicazione della sospensione condizionale della pena, in precedenza negata per la diversa cornice edittale di riferimento.

detenuto non è più infatti la norma astratta, quanto la disposizione normativa concreta disposta dal giudice della cognizione.

Il coordinamento dell'esecuzione all'interno delle maglie processuali richiederebbe come è evidente una riforma complessiva sia della struttura processuale sia dell'apparato sanzionatorio, in cui la determinazione della pena non sia considerata l'appendice del processo, ma il fulcro dello stesso, nella misura in cui, alla luce delle condizioni concrete, la comminazione della pena sia l'unica via ritenuta percorribile.

6.2.1. *Prospettiva de iure condito*: l'ampio raggio dell'art. 673 c.p.p.

In assenza (o meglio, in attesa) di una riforma, il ruolo della risoluzione dei conflitti tra norme (dato normativo e sentenza di condanna in esecuzione) spetta con tutta evidenza al giudice dell'esecuzione¹¹⁹¹.

Riepilogando gli esiti applicativi del sistema multilivello circa le sopravvenienze incidenti sul momento punitivo, si è evidenziato come la soluzione vada ricercata nella disciplina normativa inerente l'esecuzione della pena: trattasi infatti di antinomie che incidono unicamente sulla pena in corso di espiazione, lungo un rapporto di durata, all'interno di uno schema normativo correttamente instaurato e delineato dal binomio *giudicato + esecuzione*.

Si è cercato di ripercorrere – o meglio, di monitorare costantemente – le molteplici soluzioni, di volta in volta, individuate da parte della giurisprudenza e si è sottolineato come l'approccio fisiologicamente settoriale, legato alla risoluzione della singola questione di diritto, abbia compromesso l'indagine di una soluzione complessiva, univoca e trasversale per tutte le forme di sopravvenienza che possano colpire la pena in *executivis*¹¹⁹².

¹¹⁹¹ Rispetto invece alla risoluzione delle antinomie verificatesi in seno al processo e poi rilevate da una pronuncia della Corte di Strasburgo in merito all'accertamento processuale, il rimedio più opportuno risiede nello strumento della c.d. revisione "europea", di creazione giurisprudenziale, ad opera della Corte costituzionale, con sent. n. 113/2011, a meno che il vizio si sia verificato in sede di legittimità, potendo il ricorrente adire ai sensi dell'art. 625-*bis* c.p.p. oppure per un vizio in materia di legittima assenza dell'imputato e/o del difensore nel procedimento penale, risolvibile con l'art. 625-*ter* c.p.p.

¹¹⁹² Le sopravvenienze esaminate si collocano in fase *post rem iudicatam*, in un momento successivo rispetto alla formazione del giudicato e del titolo esecutivo: la questione non si riduce quindi nello stabilire se il giudicato possa essere rimosso o meno (se sia intangibile oppure no), ma piuttosto se sia legittimo intervenire sulla pena in corso di espiazione, sulla parte, quindi, più propriamente attuativa del precetto penale.

La possibilità di fornire una risposta coerente con il sistema processual-penale nel suo complesso, indicando all'interprete (*id est*: giudice) un metodo univoco e trasversale applicabile in sede di controllo delle sopravvenienze sulla pena, risulta fondamentale sia per la tenuta del sistema, in assenza (o meglio, in attesa) di un puntuale intervento del legislatore che sia in grado di riscrivere le norme processuali (ovvero di un intervento additivo della Corte costituzionale, che, in ogni caso, risulterebbe fin troppo selettivo, attesa la varietà delle problematiche e delle criticità che ogni tipologia di sopravvenienza ha sollevato) sia per il corretto rapporto di potere tra giudice ordinario e giudice costituzionale, tra essi, e con il legislatore: solamente l'individuazione di una soluzione univoca e coerente può riportare il grado di discrezionalità giudiziale all'interno del margine consentito e connaturale all'attività interpretativa e può fornire delle indicazioni prevedibili e ragionevoli sia per l'imputato/detenuto sia per i giudici ordinari, chiamati in prima linea a risolvere le antinomie e a riportare entro la legalità l'esecuzione della pena.

La soluzione è infatti univoca, individuata nelle potenzialità applicative dell'art. 673 c.p.p., norma – che come si è già visto – si presta ad essere applicata trasversalmente per la risoluzione di una molteplicità di sopravvenienze normative incidenti unicamente sulla pena (sia essa principale ovvero accessoria).

Le potenzialità della disposizione – che si ritiene possa sopperire *de iure condito* ad un'inerzia pressochè costante del legislatore ad occuparsi della giurisdizione esecutiva, in modo complessivo e funzionale – risiede nello schema metodologico sotteso alla norma: come si è evidenziato sopra, il giudice opera metodologicamente nella rimozione della sopravvenienza e degli effetti pregiudizievoli da essa generati rispetto all'esecuzione della pena e, consequenzialmente, all'emanazione di provvedimenti conseguenti all'eliminazione della parte di pena inficiata dalla sopravvenienza.

Si tratta di un *modus operandi* che può risultare in modo esplicito e, quindi, il riferimento all'art. 673 c.p.p. è gioco forza (*id est*: le due ipotesi espressamente previste dal legislatore del codice di rito del 1988) ovvero può essere implicito ricavabile per interpretazione estensiva, ovvero, valorizzandone la *ratio* applicativa (*id est*: dichiarazione di incompatibilità di una norma interna rispetto al diritto dell'Unione europea); in altri casi, il richiamo alla norma in questione, è risultata più problematica e

si è giunti al medesimo risultato, enfatizzando l'assimilazione della data sopravvenienza ai fenomeni abolitivi (*id est*: sentenza “pilota” della Corte di Strasburgo), ovvero, estendendo la portata applicativa di una singola parte della norma (*id est*: norma incriminatrice e/o effetti penali della condanna) e dei relativi poteri del giudice dell'esecuzione nell'emanazione di provvedimenti – connaturali e fisiologici – conseguenti alla rimozione della parte di pena “illegale” o, meglio, non conforme all'ordinamento.

Si è avanzata anche l'ipotesi di ricondurre all'interno della sfera applicativa dell'art. 673 c.p.p. il mutamento giurisprudenziale in *bonam partem*, con effetti abolitivi sostanzialmente paragonabili ad un'*abolitio criminis*. Al di là di quest'ultima ipotesi la cui legittimazione, per quanto sia stata ritenuta percorribile, seppur con delle precisazioni, richiede necessariamente un'implicazione politica circa la definitiva collocazione del formante giurisprudenziale tra le fonti di diritto in materia penale, per tutte le altre sopravvenienze vale lo schema applicativo, rappresentato da due momenti concettualmente e metodologicamente distinti, ma allo stesso tempo inscindibili:

1. *Revoca del giudicato penale di condanna = rimozione della pena inficiata dalla sopravvenienza normativa*: si ritiene che tale espressione più ampia e generica meglio possa comprendere l'operazione concettuale di eliminazione della condanna, che può essere integrale ovvero parziale.

Riprendendo le riflessioni sviluppate da una parte della dottrina in riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale n. 96/1996 si è evidenziato, infatti, come la revoca della condanna possa atteggiarsi in forma sia parziale sia integrale: parziale nella misura in cui il giudice possa individuare direttamente il *quantum* di pena inficiato dalla sopravvenienza *post rem iudicatam*, così che il provvedimento conseguente di rideterminazione della pena sia limitato ad un ricalcolo della pena comminata, senza il *quid pluris* della pena rimossa (*id est*: rimozione della circostanza aggravante comune c.d. di “clandestinità” ex art. 61 n. 11-*bis* c.p.p.); laddove, invece, non sia possibile ricollegare direttamente il *quantum* di pena alla sopravvenienza ovvero nel caso in cui sia inficiata l'intera commisurazione della pena, il giudice dell'esecuzione sarà tenuto a rimuovere integralmente la pena inflitta e procedere ad una sostituzione (*id est*: caso Scoppola, con la sostituzione “secca” della pena dell'ergastolo con anni trenta di reclusione) ovvero ricalcolo della pena all'interno di una nuova cornice edittale (*id est*:

declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 73 t.u. stup., nella versione Fini-Giovanardi)¹¹⁹³.

Il provvedimento di rimozione della pena “illegittima” può risultare anche implicito, non espresso nell'*iter* di motivazione del giudice dell'esecuzione, atteso come ciò che rileva è unicamente il secondo e ultimo passaggio di rideterminazione della pena: il risultato finale, in ogni caso, è stato ottenuto per il tramite della rimozione del *quantum* di pena e di tutti gli effetti pregiudizievoli inficiati dalla sopravvenienza e si motiva dall'esigenza di ripristinare il corso della pena secondo i canoni della legalità, proporzione e colpevolezza.

2. *Rideterminazione della pena = provvedimento conseguente alla rimozione della condanna*: tale è il provvedimento finale, che risulta inequivocabilmente dalla motivazione del giudice dell'esecuzione; rideterminazione della pena che, come si è visto, può consistere in una mera sostituzione della pena, senza alcuna possibilità di esercizio discrezionale da parte del giudice dell'esecuzione, ovvero in un procedimento autonomo e indipendente di ri-commisurazione della pena secondo i canoni dell'art. 133 c.p.: come si avrà modo di sostenere, infatti, il ruolo della commisurazione della pena in fase esecutiva risulta di assoluta preminenza, in un'ottica di adeguamento della pena al principio di personalizzazione e responsabilizzazione individuale di cui all'art. 27, co. 3 Cost. Tale schema applicativo, come si è visto, risulta funzionale rispettivamente a:

(a) *Sopravvenienza legislativa*: trattasi del caso espressamente tipizzato di *abolitio criminis*, ex art. 2, co. 2 c.p. e 673 c.p.p., che, come è noto, comporta la rimozione integrale del giudicato penale di condanna e di tutti gli effetti penali della condanna, fatta eccezione per le obbligazioni civili.

(b) *Sopravvenienza comunitaria*: trattasi del caso non espressamente tipizzato, ma assimilato ai fenomeni abolitivi di cui all'art. 673 c.p.p. di dichiarazione di incompatibilità della norma interna rispetto al diritto dell'Unione ad opera della Corte di Giustizia dell'Ue, che, come si è visto, comporta la rimozione integrale del giudicato penale di condanna e di tutti gli effetti penali della condanna (fatta eccezione per le obbligazioni civili), in ragione dell'efficacia diretta del diritto comunitario

¹¹⁹³ Idea mutuata anche dalle suggestioni proposte da DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, cit., pp. 1333-1335.

sull'ordinamento interno; il giudice ordinario risulta quindi direttamente vincolato, senza che incomba su di esso alcun obbligo di investire la Corte costituzionale¹¹⁹⁴.

(c) *Sopravvenienza convenzionale*: con riguardo alle dinamiche incidenti sulla pena che trovano il proprio titolo nelle pronunce della Corte di Strasburgo, si è evidenziato sin da subito come la sede adeguata fosse l'esecuzione della pena, intesa, quale ultimo segmento attuativo dell'espiazione della pena, quale rapporto di durata in corso di svolgimento.

Il giudice dell'esecuzione è tenuto ad una ricomposizione della sopravvenienza convenzionale, al pari delle altre sopravvenienze, al fine di ripristinare la corretta esecuzione della pena: anche se le pronunce sovranazionali riguardano sempre un solo caso concreto, vi possono essere sia delle sentenze pilota, per espressa indicazione della Corte, sia delle decisioni – che anche se non hanno i requisiti formali – vengono trattate e ritenute tali.

Con riguardo alle pronunce pilota, sia formali sia solo sostanziali, è emerso come il fenomeno abolitivo generatosi per effetto della declaratoria di incompatibilità della norma interna rispetto agli *standard* convenzionali fosse assimilabile, quanto meno sul piano degli effetti, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale; paragone possibile grazie alla potenziale efficacia *erga omnes* della sentenza pilota, applicabile, anche a detenuti che non abbiano fatto espresso ricorso alla Corte Edu, al pari del ricorrente vittorioso.

Dinnanzi ad una pronuncia pilota, il giudice dell'esecuzione ha gioco facile nel legittimare un'operazione interpretativa sui casi dei detenuti, anche non ricorrenti alla Corte Edu: si è visto come il passaggio della declaratoria di illegittimità costituzionale rappresenti un punto fermo nell'attuale assetto delle fonti del diritto ed in ragione della presa di posizione della Corte costituzionale, nel qualificare quale norma interposta alla

¹¹⁹⁴ Alle medesime conclusioni si potrebbe giungere nel caso di declaratoria di incompatibilità di una norma sanzionatoria interna che incida limitatamente sul *quantum* di pena e non sull'*an* della punibilità: in tale caso il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato a rideterminare la pena in ragione della sopravvenienza comunitaria, che, si ricordi, ha efficacia diretta nell'ordinamento. Si aggiunga, inoltre, che il giudice è chiamato, quale primo interprete degli interessi dell'Unione, a dare diretta attuazione alle disposizioni comunitarie, anche laddove non sussistesse una presa di posizione della Corte di Lussemburgo, sempre che la norma comunitaria in esame goda di una chiara ed inequivocabile applicabilità diretta: sarà quindi lo strumento dell'interpretazione conforme a delineare il confine tra un'operatività diretta ed immediata ed una necessaria chiarificazione da parte della Corte di Giustizia circa la portata e la natura dell'efficacia della disposizione comunitaria.

Costituzione la disposizione convenzionale, negando qualsiasi possibilità di giustificare un'applicabilità diretta della Convenzione.

Si è ritenuto, in realtà, come il passaggio per la Corte costituzionale, risulti di inevitabile percorrenza solamente laddove il *decisum* europeo non sia direttamente eseguibile, ai sensi dell'art. 46 Cedu, perché contrasta con i principi costituzionali ovvero perché impone degli *standard* di tutela inferiori: in tali situazioni, si è ricordato come sia obbligo del giudice rimettere la questione alla Corte costituzionale, nel rispetto della ripartizione dei ruoli e dei poteri tra giudice ordinario (primo interprete delle due Carte) e giudice costituzionale (ultimo giudice di legittimità delle due Carte).

Negli altri casi, si è argomentato come il passaggio alla Corte costituzionale rimanga eventuale e non necessario: il giudice ordinario (*id est*: giudice dell'esecuzione), tramite un'operazione di interpretazione di conformità agli ordinamenti (costituzionale + convenzionale) potrebbe giungere al medesimo risultato, adeguando il caso concreto al *decisum* europeo.

Tale prospettiva si è rivelata lineare nella misura in cui si consideri che l'operazione di applicabilità diretta della Convenzione si verifica nel momento in cui il giudice è chiamato a dare esecuzione ad un titolo sovranazionale limitatamente al caso concreto del ricorrente: in tali casi, si è visto come la giurisprudenza di legittimità abbia avallato molteplici ipotesi (*id est*: artt. 175, co. 2 c.p.p.; 625-*bis* c.p.p.; 670 c.p.p.) per il superamento della sopravvenienza convenzionale e per il ripristino dell'esecuzione della pena. Si ritiene, quindi, applicabile, anche alle ipotesi di sopravvenienza convenzionale lo schema riproposto per le antinomie comunitarie, *ex art.* 673 c.p.p.;

(d) *Sopravvenienza costituzionale*: sulla tipologia di sopravvenienza in esame, il fulcro della trattazione ha riguardato l'estensione dello schema applicativo artt. 30, co. 4 della legge n. 87/1953 e 673 c.p.p. anche alle ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma sanzionatoria¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁵ Si è visto come ad oggi il quadro giurisprudenziale offra sia degli interessanti spunti di riflessione, spendibili in una prospettiva *de iure condendo*, sia delle forti criticità nella misura in cui non vi sia unanimità di visioni: a fronte di un'eccessiva omogeneità di visioni e di possibili soluzioni percorribili (*id est*: art. 670 c.p.p. oppure art. 665 c.p.p., nella misura in cui si valorizzino i poteri "atipici" del giudice dell'esecuzione"), si rivela quanto mai opportuno proporre una soluzione univoca e trasversale che indichi al giudice uno schema operativo che lo possa guidare nella risoluzione di tutte le antinomie sopravvenute concernenti la pena; l'art. 673 c.p.p., per l'appunto.

6.3. Prospettive *de iure condendo*: il giudizio sulla pena.

È evidente che le soluzioni di metodo sin qui delineate sono in grado di arginare il “problema” del giudicato, suggerendo all’interprete (*id est*: il giudice ordinario) un immediato e diretto *modus operandi* di risoluzione delle antinomie giuridiche sopravvenute nel corso dell’esecuzione della pena, ma non di risolverlo definitivamente.

La riflessione sul giudicato, infatti, si colloca all’interno di un ripensamento complessivo del sistema punitivo: la soluzione proposta si presenta come un suggerimento operativo, esegetico-interpretativo, per il giudice ordinario chiamato a risolvere “in prima battuta” il caso concreto, in sede di incidente di esecuzione¹¹⁹⁶.

Identificata, quindi, una soluzione (quanto meno plausibile e agilmente praticabile) all’interno del sistema *de iure condito*, è evidente come sia necessaria una riforma dell’esecuzione della pena, la quale, ad oggi si presenta come una disciplina complessa, segmentata e irragionevolmente suddivisa, tra competenze ed attribuzioni diverse, tra due organi diversi, giudice dell’esecuzione, da un lato, magistratura di sorveglianza, dall’altra.

Al di là delle patenti contraddizioni interne alla disciplina (che, in prospettiva, *de lege ferenda*, potrebbero essere superate con una *razionalizzazione* degli organi esecutivi), la disciplina esecutiva risulta ineffettiva ed inefficace rispetto al raccordo con il processo: il meccanismo sospensivo dell’esecuzione della pena, *in primis*, l’eccessivo “potere” del pubblico ministero rispetto a momenti commisurativi (non poi così “contabili”) della pena e l’intervento pre-esecuzione della magistratura di sorveglianza hanno progressivamente snaturato l’*iter* esecutivo della pena detentiva (sminuendo, peraltro, la portata rieducativa della concessione delle misure alternative), la cui attuazione in concreto nel corso della procedura esecutiva finisce per “sconfessare” il dispositivo sanzionatorio comminato nella sentenza di condanna.

La razionalizzazione del fenomeno esecutivo, in forza di un’unica struttura giudiziaria competente a decidere sia in materia strettamente esecutiva (*id est*: questioni

¹¹⁹⁶ La riconduzione dell’operatività delle modifiche sul titolo esecutivo all’interno dell’alveo di tutela dell’art. 673 c.p.p., letto in combinato disposto, di volta in volta, a seconda dell’evenienza normativa, con l’art. 2, co. 2 c.p. ovvero con l’art. 30, co. 4 legge n. 87/1953, agevola l’operato del giudice (circoscrivendone margini di discrezionalità e di soluzioni “creative” e soggettivamente differenziate) e riporta ad univocità le varie ipotesi normative, accomunate dal fatto, che oggetto del controverso è (solo) la pena e non l’accertamento dell’*an* della responsabilità penale dell’imputato.

sul titolo) sia in materia propriamente rieducativa (*id est*: concessione delle misure alternative), con la previsione di un penetrante (e non solo formale) controllo giurisdizionale sull'operato del pubblico ministero, non più incidentale, ma obbligatorio (in ossequio, alle critiche circa la mancata costituzionalizzazione della fase esecutiva), potrebbe risultare auspicabile sotto molteplici punti di vista sia processuali, sia sostanziali: con riguardo al primo profilo, tale riforma potrebbe sicuramente risultare positiva per l'eliminazione del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 c.p.p., il quale, come si è visto, delinea un'esecuzione della pena detentiva a "doppia velocità", in ragione, peraltro, di motivi ostativi soggettivi ed oggettivi alquanto discutibili, consentendo più agevolmente la concessione di misure alternative (fortemente orientate sul percorso trattamentale "rieducativo") a soggetti in stato di libertà piuttosto che a detenuti (ad es., recidivi), il cui progetto rieducativo in stato di detenzione risulta positivo, ma precluso per limiti oggettivi di pena; l'instaurazione dell'esecuzione della pena da parte del pubblico ministero (o anche da parte dello stesso giudice), con un consequenziale controllo giurisdizionale, non più meramente incidentale, ma disposto d'ufficio, consentirebbe una pronta ed immediata verifica della situazione soggettiva del condannato, in sede di contraddittorio e di parità tra le parti (con il pubblico ministero, non più organo di accusa, ma parte interessata alla rieducazione del condannato); l'individuazione di un organo esecutivo autonomo ed indipendente rispetto al giudice della cognizione consentirebbe di recuperare margini di imparzialità e terzietà rispetto al processo, fattori, peraltro, sanciti n dalla Costituzione in materia di "giusto processo".

Tale organo, inoltre, come si è argomentato, potrebbe essere individuato nella magistratura di sorveglianza (anche in ragione della sua competenza a raggio distrettuale e per la sua composizione già "mista", con la presenza di esperti), senza che ciò, però, si debba tramutare nella mera ricollocazione dei carichi pendenti dalla cognizione all'esecuzione, in forza di riforme a "costo zero".

Il *modus operandi* del *giudice dell'esecuzione* (o anche, del *Tribunale dell'esecuzione o delle pene*) potrebbe essere delineato, come auspicato in dottrina, dalla semplificazione delle forme di procedura (con ciò, ancora una volta, senza pregiudicare i diritti dei detenuti), con la previsione di un unico modello decisionale, in prima istanza *de plano*, da parte del giudice dell'esecuzione ed, in un secondo momento

in forza della previsione di un'udienza in contraddittorio, investendo l'organo collegiale¹¹⁹⁷.

Se da un punto di vista procedurale, gli aspetti positivi di una riforma complessiva dell'esecuzione sono tangibili, anche dal punto di vista sostanziale, si potrebbe rilevare come tale modello esecutivo sia più idoneo ad accogliere soluzioni *de iure condendo* che predispongano un ventaglio sanzionatorio differenziato e non più interamente incentrato sulla pena detentiva.

6.3.1. Verso il processo bifasico: il profilo processuale.

Razionalizzata la fase esecutiva, è necessario, affinché non sia vana ed ineffettiva, che tali modifiche si raccordinino ed innestino correttamente sul processo.

In termini generali, quindi, si auspica la rimodulazione del processo in termini bifasici.

La prospettiva maggiormente più innovativa porta a delineare un processo bifasico in cui la vera e propria commisurazione della pena sia spostata in sede esecutiva. Il processo delineato in più tempi vedrebbe, infatti, la fase di cognizione incentrata sull'accertamento della responsabilità (alla cui conclusione si formerebbe il giudicato) mentre la determinazione della pena finale si avrebbe ad opera del giudice dell'esecuzione. Il passaggio da una fase all'altra implicherebbe il passaggio in giudicato della sentenza accertativa di condanna.

Tale tipo di procedimento (forse il più difficilmente attuabile, almeno in breve tempo) consentirebbe il superamento di molteplici contraddizioni interne al sistema. Da un punto di vista processuale:

- recupero della *ratio* del processo in termini di accertamento del fatto;
- il ripensamento unidirezionale del processo verso l'accertamento del fatto, su cui poi far cadere il giudicato accertativo;
- la revisione dei tempi processuali maggiormente incalzanti ed abbreviati;
- il ricorso alla pena detentiva e quindi all'esecuzione della pena solo in *extrema ratio*;

¹¹⁹⁷ Tali sono le proposte presentate dalla dottrina in seno a AA.VV., *Carcere materiali per la riforma*, (a cura di) Giostra, cit., p. 1 ss.

- il potenziamento di strumenti deflativi in corso di processo, quali forme di rinuncia del processo;
- il rafforzamento di mezzi sospensivi/sostitutivi della pena, la cui concessione potrebbe essere valutata dal giudice della cognizione solo nella misura in cui la pena detentiva risulterebbe comunque comminabile in astratto per il reato accertato ed il *quantum* di colpevolezza accertato non corrisponda ad una pena superiore al limite massimo stabilito per la concessione del beneficio; con la possibilità che tale beneficio possa essere ugualmente comminato dal giudice dell'esecuzione, se nel caso concreto, in ragione del *quantum* oggettivo di colpevolezza accertato, la soglia limite non sia superata;
- la possibilità di ricorrere a strumenti di indagine personologica sul soggetto, quale la perizia criminologica in sede esecutiva;
- il ripensamento dei riti alternativi, nonché sul meccanismo delle impugnazioni¹¹⁹⁸.

6.3.2. *Profilo sostanziale: la nuova dimensione della pena secondo il modello special-preventivo.*

Dal punto di vista “sostanziale”, tale assetto processuale si rivelerebbe funzionale ad accogliere gli esiti di una riforma della politica criminale che tenga conto di entrambi i profili (processo e pena), in un’ottica superiore di giustizia penale.

Rispetto, inoltre, alla questione della funzione della pena, è evidente che il potenziamento del finalismo rieducativo in esecuzione, dovrebbe condurre a ritenere preminente la finalità special-preventiva, come unico criterio finalistico della commisurazione della pena in senso stretto e principale fondamento della pena stessa.

Quanto più si enfatizza la componente positiva della funzione special-preventiva tanto più il percorso rieducativo in esecuzione verrebbe a configurarsi come una

¹¹⁹⁸ Oltre all’opzione “secca”, risulta praticabile anche una revisione del processo che preveda la comminazione della pena in fase di cognizione: si ritiene che, comunque, la struttura processuale debba essere ripensata in due momenti/fasi distinti, in cui, per le ipotesi più gravi, il giudice della cognizione possa rinviare ad un’udienza apposita la determinazione del *quantum* di pena da comminare; obbligatoriamente per la comminazione della pena detentiva di lunga durata; in via discrezionale, per la residualità dei casi, in ragione delle peculiarità dei casi, nella misura in cui il giudice propenda per la reclusione.

prosecuzione graduale di un “progetto” iniziato in sede processuale e portato avanti in sede esecutiva, sulla base di un margine inevitabile di flessibilizzazione e di mutamento della pena, a seconda del progredire del grado di partecipazione del detenuto a tale progettualità, durante l’espiazione della pena (maggiore o minore rispetto al dato di partenza della sentenza di condanna). In tale prospettiva, la discrasia tra pena comminata ed eseguita, non solo dovrebbe rientrare nei margini di tollerabilità sul piano dell’effettività del sistema, ma la stessa fenomenologia della pena, che si staglia lungo le maglie del processo, diviene un *continuum*, un percorso, non necessariamente punitivo (*rectius*, afflittivo), “cucito” interamente sul singolo condannato, protagonista assoluto del diritto penale in concreto. Tale paradigma, non solo risulta fortemente auspicabile, in un’ottica *de iure condendo*, ma potrebbe dirsi fattivamente realizzabile, solo laddove la fattispecie da applicarsi al caso concreto lasci intravedere la possibilità di far prevalere, in sede commisurativa, la componente positiva della funzione special-preventiva.

In altri termini, la finalità special-preventiva può assurgere a criterio finalistico prevalente in sede commisurativa (e, quindi, a fine primario della pena), nella misura in cui tale preminenza le venga accordata anche dal legislatore stesso, quale indice di una scelta di politica criminale. Il *trade union* tra politica criminale (e, quindi, di un suo necessario rinnovamento) e commisurazione giudiziale della pena è uno snodo fondamentale ai fini della tenuta complessiva del sistema, soprattutto in relazione all’eccessiva (ed indiscriminata) discrezionalità del giudice (che, non necessariamente, si rivela a beneficio delle istanze garantistiche della colpevolezza individuale del condannato)¹¹⁹⁹.

Se la funzione special-preventiva diviene (o dovrebbe diventare tale) il criterio finalistico preminente in fase commisurativa, è fondamentale chiarire il ruolo assunto dalla colpevolezza. Si ritiene che, collocandosi la finalità special-preventiva all’interno dei presupposti classici del diritto penale del fatto, si dovrebbe mantenere l’equazione tra gravità del fatto e colpevolezza guidata dal principio di proporzione e/o

¹¹⁹⁹ I benefici di un profondo ripensamento delle strategie di politica criminale si percepirebbero anche sul piano della prevenzione generale in termini di partecipazione e di consenso, nella misura in cui si tende a costruire un diritto penale volto all’inclusione (e, non più, all’esclusione e marginalizzazione) del condannato, il quale viene, quindi, ad essere il destinatario (non meramente passivo) di una vasta gamma di modalità e di tecniche sanzionatorie, più o meno afflittive, ovvero anche riabilitative.

proporzionalità e dagli incidi di graduazione della colpevolezza stessa (*ex art. 133 c.p.*). Ciò non significa asserire che dal binomio gravità del fatto e colpevolezza individuale corrisponda “aritmeticamente” anche un *quantum* di pena da comminare in concreto: questo secondo passaggio viene definitivamente eliminato, viene, quindi, “infranta” la sequela *gravità del fatto+colpevolezza = pena*.

Ciò che rimane è il nucleo forte dell’attribuibilità in concreto di un fatto materiale al soggetto agente sulla base del giudizio di colpevolezza che viene “modellato” sul singolo secondo gli indici di graduazione, sia di tipo oggettivo sia soggettivo, di cui all’art. 133 c.p. L’accertamento del fatto colpevole (*rectius*, l’attribuibilità dell’accusa all’imputato colpevole) rappresenta il punto di partenza su cui il giudice è chiamato ad individuare il progetto trattamentale funzionale ad essere eseguito, il cui contenuto viene definito in base alle caratteristiche personali del condannato, in forza, quindi, anche degli indici soggettivi di cui al co. 2 dell’art. 133 c.p.: non dovrà essere necessariamente un contenuto di tipo punitivo, ma potrà anche avere natura prescrittiva e/o interdittiva ovvero potrà anche non esserci, nella misura in cui, a fronte di un quadro di colpevolezza individuale, il giudice non ritenga opportuno procedere alla comminazione di una sanzione (*id est*: art. 131-*bis* c.p.)¹²⁰⁰.

All’interno del processo bifasico, per eccellenza, il processo di cognizione dovrebbe culminare con l’individuazione della colpevolezza individuale (quale base imprescindibile di percorso trattamentale e limite massimo garantistico), graduata sul singolo in base agli indici di colpevolezza di cui al primo comma dell’art. 133 c.p., mentre il giudice della pena (*rectius*, dell’esecuzione), anche in forza della componente esterta di scienze sociali, criminologiche e psicologiche, verrebbe chiamato ad individuare il percorso trattamentale più idoneo al condannato sia a componente negativo/punitivo (pena detentiva) sia di natura positiva e, quindi, riabilitativa, con la comminazione di una misura alternativa (che, in tale dimensione diviene pena principale) ovvero di una sanzione prescrittiva (isolata o in aggiunta alla misura alternativa).

¹²⁰⁰ Il ruolo garantistico della colpevolezza individuale si recupera nella misura in cui essa vada a rappresentare il limite massimo di colpevolezza al di sotto del quale (e non invece in misura più elevata, in senso peggiorativo per il condannato) il giudice in sede di commisurazione della pena, in un secondo momento, o, in una fase successiva, venga chiamato a determinare il percorso trattamentale “cucito” sul singolo, in forza delle sue caratteristiche personali.

6.4. Il “problema della pena” è questione di politica criminale: l’imperativo di un rinnovamento culturale.

È evidente come la modifica del binomio *processo/pena* sia una questione che attenga, ancor prima che alla scienza penalistica, alla politica, in genere: l’esigenza di un rinnovamento di sensibilità e di attenzione politica, oltre che giuridica, sui temi della pena e dell’esecuzione penale è un imperativo inderogabile che necessita di attuazione e di risposte di sistema. Risposte frammentarie e settoriali, per quanto valutate con favore, rispetto a singoli istituti penitenziari, non possono rappresentare una soluzione convincente rispetto a tutte le contraddizioni della pena in esecuzione. Sono indispensabili, infatti, delle riflessioni di ampio respiro che consentano il ripensamento complessivo del sistema “giustizia penale”¹²⁰¹.

Oltre che un cambiamento di paradigma criminale, è necessario predisporre a monte delle solide fondamenta per un’inversione culturale, ancora orientata verso una società dell’esclusione e della stigmatizzazione penale, per formare una collettività consapevole e cosciente della penalità e delle sue “profondità” più oscure¹²⁰².

Solo una seria presa di coscienza delle contraddizioni insite nel paradigma penale, possono condurre la politica criminale (e, ancor prima la collettività) a condividere soluzioni diverse ed alternative rispetto alla penalità.

¹²⁰¹ Notevoli sforzi sono stati compiuti in tal senso, da parte anche dell’attuale Governo in carica, ad opera del Ministro della Giustizia, on. Andrea Orlando, così come sono innumerevoli le iniziative svolte sia dalla dottrina, sia da altre categorie (*in primis*, avvocati e magistrati) per promuovere e sollecitare riforme in ambito penitenziario ed esecutivo ovvero per tentare di influenzare le scelte di politica criminale. L’attuale convergenza di un affinamento della sensibilità politica ed accademica (così, come a vario titolo professionale) può essere colto come un inizio positivo per una futura e seria riflessione sull’esecuzione della pena e, con essa, anche una rimodulazione dei meccanismi processuali e punitivi.

¹²⁰² Sul punto, è doveroso evidenziare come ad oggi vi siano numerose iniziative, su vari fronti e a titolo diverso, provenienti da parte della società che dimostrano come un mutamento culturale sul diritto penale e sulla fenomenologia della pena sia possibile: si allude al mondo del sociale, sia agli operatori del sociale (assistenti sociali, educatori) sia al settore del volontariato penitenziario. Si possono citare, inoltre, molte iniziative a cura di associazioni private ed istituti religiosi, attivamente impegnati a promuovere una “riforma culturale” della pena e a riempire di senso il contenuto della detenzione, a fronte dell’insufficienza ed inadeguatezza dei mezzi e del personale amministrativo.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, (a cura di), Cocco, Padova, 2005;
- AA.VV., *Carcere materiali per la riforma*, (a cura di) Giostra, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015;
- AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di), Sgubbi-Manes, Bologna, 2006;
- AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, (a cura di), Manes-Zagrebel'sky, Milano, 2011;
- AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, (a cura di), Grasso-Sicurella, Milano, 2007;
- AA.VV., *Per il rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, (a cura di), Grasso-Sicurella, Milano, 2009;
- AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002;
- AA.VV., *Il procedimento penale innanzi al Giudice di Pace*, in Garuti G., a cura di, *Modelli differenziati di accertamento*, vol. VII, t. I, in Spangher, G., diretto da, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2011;
- ABBADESSA, *Una nuova violazione dell'art. 7 Cedu: la sentenza Liivik contro Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*, in *Ius17@unibo.it*, 2009;
- ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, Torino, 2010;
- ALBRECHT-BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 615;
- ALCARO, *John Dewey. Scienza Prassi Democrazia*, Roma-Bari, 1997;
- ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di), Sgubbi, Manes, Bologna, 2007;
- AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2008;
- AMEDEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali molti problemi, qualche soluzione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009;

- AMODIO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.*, n. 32/2008, p. 89 ss.;
- AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003;
- ANDENEAS, *La prevenzione nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, (a cura di), Romano M.-Stella, AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, 1994
- APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Milano, 2007;
- APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, (a cura di) Scalfati, *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008;
- APRILE-SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009;
- ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 208 ss.;
- AYALA-LASSO, *The Universality of Human Rights*, in WARNER (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, The Hague/Boston/London, 1997;
- BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, (a cura di), Kostoris, Milano, 2014;
- BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1396 ss.;
- BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982
- BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in DI MEGLIO (a cura di), *La questione criminale nella società globale*, Atti del Convegno Internazionale tenutosi a Napoli dal 10 al 12 Dicembre 1998, Napoli, 1999;
- BARBERINI-CASUCCI, *La Corte di Giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, doc. 551.1;
- BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005
- BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015;

- BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.;
- BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Giur. it., Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, 2015, p. 5 ss.;
- BARTOLONI, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007;
- BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, in *Programme ein neues Strafgesetzbuch?*, in Bauman ed., *Program für ein Strafgesetzbuch: der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Fischer, Franckfurt/Main-Hamburg, 1968;
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di), Gianni Francioni, con le edizioni italiane del "Dei delitti e delle pene" di Luigi Firpo, Milano, vol. I, dell'Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria diretta da Luigi Firpo, Milano, 1984;
- BARNETT, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, in *Ethics*, 87 (4), p. 279 ss.;
- BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011;
- BERLIN, *Il legno storto dell'umanità*, London, 1990, trad. it. Milano, 1994;
- BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004;
- BERNARDI, *sub art. 7 – Nessun pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001;
- BERNARSONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995;
- BERTOLINI B., *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato*, (a cura di) Marandola, Napoli, 2015
- BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, II Convegno di dir. pen.*, 1963, Bressanone-Padova, 1964
- BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1973;

- BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 376 ss.;
- BETTIOL, *Sulla natura del diritto penale*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966;
- BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 555 ss.;
- BETTIOL, *Colpa morale e personalità*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1966, p. 864 ss.;
- BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, p. 753 ss.;
- BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 739 ss.;
- BETTIOL, *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 937 ss.;
- BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014;
- BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015;
- BIN L., *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7/8, p. 2944 ss.;
- BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Tomo I, *I diritti fondamentali tra concetti e tutele*, Milano, 2014;
- BIONDI, *Il diritto dell'interessato ad ottenere la celebrazione pubblica dell'udienza nei procedimenti di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 697 ss.;
- BIONDI, *Quali conseguenze dopo l'opting out del Regno Unito dalla Carta?* in www.europeanrights.eu, 16 maggio 2011;
- BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, 1973;
- BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007;
- BORTOLATO, Art. 35-bis, in Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2015
- BORTOLATO, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014

- BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2;
- BOUCHARD, *Spunti di riflessione per un diritto penale mite*, in *Questione giustizia*, n. 2/2001, p. 210 ss.;
- BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione giustizia*, n. 4/1995, pp. 887 ss.;
- BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015;
- BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014;
- BRACCIALINI, *Art. 35 ter., Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2015;
- BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2016;
- BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24–26) (a cura di), BRANCA, Bologna, 1981
- BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Atti del seminario organizzato dal Centro studi ed iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1974
- BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 279 ss.;
- BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978
- BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967
- BRICOLA, sub art. 25, commi 2 e 3, (a cura di) Branca, *Commentario della costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 1981, p. 284 ss.;
- BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 15 ss.;
- BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München., 1974;
- BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamento español*, Madrid, 1997;

- BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009;
- CADOPPI, *Common law e principio di legalità penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, 2007, p. 1161 ss.;
- CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, I, (a cura di), Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti, Torino, 1997
- CADOPPI, *Il valore del precedente vincolante nel diritto penale*, Torino, 2014;
- CAIANELLO, *Il "caso Pupino": riflessioni sul ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla corte di Giustizia*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di), Sgubbi, Manes, Bologna, 2007;
- CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 273 ss.;
- CALVI, *Istanze criminolpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 284 ss.;
- CANCELLARO, *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015;
- CANCELLARO, *Da Roma a Bruxelles: la Corte EDU applica i principi della sentenza Torreggiani anche alle condizioni di detenzione in Belgio*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2014;
- CANESTRARI-FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005;
- CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. it.*, 2008, p. 138 ss.;
- CANTARINI, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in www.archiopenale.it, 2013;
- CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, p. 3 ss.;
- CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti umani dell'uomo e il suo significato*, in *Opere*, Milano, 1959;
- CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2012, p. 7 ss.;

- CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013;
- CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009;
- CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del “caso Scoppola” e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2013, p. 27 ss.;
- CARNELUTTI, *Il ricorso per cassazione contro le sentenze dell’Alta Corte di giustizia è veramente escluso?* in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 82 ss.;
- CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 167 ss.;
- CARNEVALE-MENNA-COLAGRECO, *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del ‘30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 376 ss.;
- CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2005;
- CATTANEO, *Il diritto come valore e il problema della pena*, (a cura di) Scarpelli-Tomeo, *Società norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, 1984;
- CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara 1978;
- CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990;
- CAVALIERE, *L’obbligatorietà dell’azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in AA.VV., *Diritti dell’uomo e sistema penale*, II, (a cura di) Moccia, Napoli, 2002;
- CAVANELLI, *La sospensione dell’esecuzione per il condannato agli arresti domiciliari*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1392 ss.;
- CAVANELLI, *Le novità della legge Simeoni in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: b) L’analisi delle singole norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 814 ss.;
- CAVENELLI, *Le novità della legge Simeone*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1870 ss.;
- CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in (a cura di) Scaparro, *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001;
- CESARI, *Legge 28.4.2014, n. 67 Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (GU 2.5.2014 n. 100) – Commento agli artt. 4-5-6 – La sospensione del processo con*

- messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Legisl. pen.*, 4/2014, p. 510 ss.;
- CESARI-GIOSTRA, *Art. 4-bis*, (a cura di) Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2011, p. 47 ss.;
- CHARNEY, *Cultural Interpretation and Universal Human Rights. A Response to Daniel A. Bell*, in *“Political Theory”*, 27, 1999, p. 843 ss.;
- CHAUVEAU-HELIE, *Teorica del codice penale*, I, trad. it., Napoli, 1863;
- CHENAL-GAMBINI-TAMETTI, *Commento all'art. 6*, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky, (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;
- CHIAVARIO, *La “lunga marcia” dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in Balsamo, Kostoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008;
- CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1089 ss.;
- CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1978;
- CIAPPI-COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento a confronto*, Milano, 1997;
- CIUFFOLETTI-MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana*, in *Questione Giustizia*, 1 luglio 2015;
- CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen. web*, fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2015;
- COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo* 1/2011, p. 241 ss.;
- COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2011;
- CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015;
- CONSO-GALLO E., *Ecco perché “Diritto penale e processo”*, in *Dir. pen. proc.*, p. 637-638;

- CONSOLO, *Al “cuore” dell’esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1535 ss.;
- CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, p. 181 ss.;
- CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio*, p. 12 ss.;
- CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell’ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, p. 1253 ss.;
- COPPETTA, ART. 54, in *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, di Grevi-Giostra-Della Casa, (a cura di) Della Casa, Padova, III ed., 2011;
- CORDERO, *Contributo allo studio dell’amnistia nel processo*, Milano, 1957;
- CORRERA-MARTUCCI, *Elementi di criminologia*, Padova, 1999;
- CORSARO-PIRRONE, *L’indagine sulla personalità nel nuovo processo penale*, in *Rass. pen. crim.*, 1980, p. 68 ss.;
- CORSO, *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2002;
- CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in Conti-Marandola-Varraso, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014;
- CUPELLI, *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2013;
- CURTOTTI-NAPPI, sub art. 90 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, (a cura di) Giarda-Spangher, *Codice di Procedura Penale commentato*, Milano, 2010;
- D’AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, p. 236;
- D’AGOSTINO, *Sanzione e pena nell’esperienza giuridica*, Torino, 1987;
- D’AMBROSIO, *Qualche ulteriore considerazione sulla illegittimità comunitaria della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di espulsioni*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2011;
- D’AMBROSIO, *Se una notte d’inverno un... sans papiers. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri”*, in *Dir. pen. cont.*;

- D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di Bin, Napoli 2015;
- D'ANGELO, *La successione nel tempo delle norme di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1992, p. 24 ss.;
- DAMIANI, *Le disposizioni transitorie. Studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge penale nel tempo*, Padova, 2008;
- DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015;
- DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009;
- DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2016;
- DE FAZIO-LUBERTO-GALLIANI, *La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 64 ss.;
- DE LEO, *L'interazione deviante*, Milano, 1981; DE LEO-SCARDACCIONE, *Esperienze di riconciliazione vittima – autore del reato ed ipotesi di applicabilità nel processo penale minorile*, in AA.VV. *Tutela della vittima e mediazione penale* (a cura di) Ponti, Milano, 1995;
- DE VERO, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, (a cura di) De Vero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale* (diretto da) Palazzo-Paliero, Torino, 2010;
- DEAN, *Le norme sull'esecuzione*, (a cura di) Scalfati, *Il giudice di pace*, Padova, 2001
- DEAN, sub art. 78 d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, (a cura di) Giarda-Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 9820 ss.;
- DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in Caprioli-Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015;
- DEL VECCHIO, *Il problema del fondamento della giustizia penale e una sua possibile soluzione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 89 ss.;
- DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per scongiurare il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013;
- DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014;

- DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 Ottobre 2014;
- DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corriere del merito* 2013, n. 7, p. 701 ss.;
- DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014;
- DELLA-BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014;
- DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.* 3/2016, p. 377 ss.;
- DELLA BELLA-VIGANÒ, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2014;
- DELLA BELLA-VIGANÒ, *Il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: anche l'espulsione dei detenuti stranieri diventa un'arma per combattere il sovraffollamento*, in *Immigrazione.it*, 15 gennaio 2014;
- DELLA BELLA-VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014;
- DELLA CASA, *"Democratizzazione" dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le linee guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva*, in AA. VV., *L. 27/5/1998 n. 165 – Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni – Commento*, in *Legisl. pen.*, 1998, p. 755 ss.;
- DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 6, p. 2264 ss.;
- DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 402 ss.;
- DELLO RUSSO, *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, in *Arch. pen. web*, fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2015;

- DELMAS MARTY, *Le flou droit*, trad. it. Bernardi, (a cura di) PALAZZO, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992;
- DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994; ID., (a cura di), “*Corpus Juris*” *portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers dell'Union européenne*, Economica, Paris 1997;
- DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543 ss.;
- DELMAS MARTY, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*, (a cura di) Delmas-Marty, Parigi, 1989;
- DELMAS MARTY-VERVAELE (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford 2000;
- DEWEY-BENTLEY, *Conoscenza e transazione*, 1946, trad. it., MISTRETTA, Firenze, 1974
- DI GIOVANNI, *L'esecuzione nel nuovo processo penale*, Napoli, 1989;
- DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?* in *Dir. pen. cont.*, p. 12 ss.;
- DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 17 ss.;
- DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2016;
- DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998
- DI MARTINO-RAFFELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2011;
- DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della “legge sicurezza” 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 340 ss.;
- DIDDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, (a cura di) Scalfati, *Il decreto sicurezza Torino 2008*, Torino, 2008, p. 141 ss.;
- DIES, *La giurisprudenza di merito in tema di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, pp. 1333-1335;

- DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2014 sui giudicati di condanna. I Parte.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, p. 770 ss.;
- DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012
- DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 428 ss.;
- DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016;
- DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979;
- DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34 ss.;
- DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancor più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 513 ss.;
- DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 489 ss.;
- DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 848 ss.;
- DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989;
- DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 37 ss.;
- DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011;
- DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 1 ss.;
- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996;
- DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.;
- DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1162 ss.;
- DONINI-TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 29;

- DOSI, *Il divieto di perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1555 ss.;
- DOSI, *Perizia criminologica ed equivoci in tema di rieducazione del condannato*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1494 ss.;
- DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, 2000;
- EB. SCHIMDT, *Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, p. 115 ss.;
- ELSTNER, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983;
- EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t. u. immigrazione - Intervento nel dibattito*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2011;
- ESPOSITO E., *Per una nuova cultura del conflitto tra giurisdizione, riconciliazione e riparazione: una lettura psicosociale del decreto legislativo 28/08/2000 n. 274*, in *Diritto&Diritti*, Gennaio 2001, p. 1 ss.;
- ESPOSITO E., *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 139 ss.;
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008;
- ESPOSITO A., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 32 ss.;
- EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 275 ss.;
- EUSEBI, *La pena in crisi: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia: Morcelliana, 1990;
- EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 493 ss.;
- EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive in riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 493 ss.;
- EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma e rifondazione della politica criminale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 76 ss.;
- EUSEBI, voce *Pena criminale*, in Cassese (dir.), *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, 2006;

- EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 57 ss.;
- EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell'unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015;
- EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, fasc. 1, p. 33 ss.;
- EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 11, p. 1333 ss.;
- EUSEBI, "Cautela in poenam", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 469 ss.;
- EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1307 ss.;
- FARAGUNA-PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016;
- FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980;
- FAZZALARI, *L'educazione giuridica in Italia*, in Giuliani-Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica. I modelli di Università e progetti di riforma*, Perugia, 1978;
- FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Napoli, 2008 ;
- FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo ed il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di Cattaneo, Milano, 1972;
- FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di), Branca-Pizzorusso, Bologna, 1991;
- FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 464 ss.;
- FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.;
- FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, (a cura di), Vassalli, Aa. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 131 ss.;
- FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003;

- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010;
- FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27 ss.;
- FIGLIANO S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Milano, 2007;
- FIGLIANO, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 1216 ss.;
- FIGLIANO, *Art. 35-ter*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2015;
- FIGLIANO, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.* 2014 n. 21, p. 63 ss.;
- FIGLIANO, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, fasc. 30, 2014, p. 29 ss.;
- FIGLIANO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. proc. pen.*, 2013, p. 1136 ss.;
- FIGLIANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Il Libro dell'anno del Diritto 2016*, (2016), in *Treccani online*;
- FIGLIANO, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5 quater d.lgs. 286/98*, in *Dir. pen. cont.*, 11 gennaio 2011;
- FIGLIANO, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in Bin-Pugiotto, Veronesi, *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005;
- FIGLIANO, *Il principio di legalità*, in FIGLIANO-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012;
- FIGLIANO, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, (a cura di) Fondaroli, Padova, 2008;
- FIGLIANO, *Sfide e conquiste della comparazione penalistica*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I Milano, 2006;
- FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000;

- FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von H-J Bruns e F. Pallin*, in *Zeitschrift für Wissenschaft*, 1987, p. 362 ss.;
- GADAMER, *Verità e metodo* (1960, 1965, 1972), Milano, 1997;
- GAETA, *La Corte ritiene superfluo un nuovo giudizio e ridetermina direttamente la pena*, in *Guida dir.*, 2010, p. 24 ss.;
- GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (diritto processuale penale): a) caratteri generali*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998;
- GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1201 ss.;
- GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. it.*, 2008, p. 136 ss.;
- GALLO M., *Il concetto unitario della colpevolezza*, Milano, 1951;
- GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 215;
- GALLO M., *Relazione*, in AA. VV., *Orientamenti per una riforma del diritto penale. Orientamenti per una riforma del diritto penale. Relazione di Marcello Gallo intervenuti a un dibattito testi*, Napoli, 1976, p. 27 ss.;
- GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale* galluccio, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016;
- GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1349 ss.;
- GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, p. 2030 ss.;
- GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008;
- GAMBARDELLA, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 212 ss.;

- GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva “rimpatri”) nell’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2011;
- GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2011;
- GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969 ss.;
- GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.;
- GARENA, *Una riflessione sul modello riparativo finalizzata allo sviluppo della comunità*, in *Minori e giustizia*, n. 2/1999, p. 51 ss.;
- GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell’età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 633 ss.;
- GAROFOLI V., *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1457 ss.;
- GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008;
- GATTA, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 11 ss.;
- GATTA, *Inottemperanza del “clandestino” all’ordine di esibire i “documenti”: davvero abolito criminis?.* in *Cass. pen.*, 2011, p. 2876 ss.;
- GATTI-MARUGO, *Verso una maggior tutela dei diritti delle vittime: la giustizia ristorativi al vaglio della ricerca empirica*, in *Rassegna italiana di Criminologia*, n. 4/1992, p. 487 ss.;
- GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 10/2011, p. 3308 ss.;
- GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell’esecuzione penale*, Milano, 2001;
- GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giustizia penale*, 1976, I, c. 161 ss.;
- GIGLIOLI, *Le impugnazioni e la fase esecutiva*, (a cura di) D’AVIRRO-DI AMATO, *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009;

- GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2015;
- GIOSTRA, *Art. 35-ter*, in Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, V ed., 2015, Milano, p. 415 ss.;
- GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen./Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 322 ss.;
- GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter or. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2015;
- GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione Giustizia*, 3 settembre 2016;
- GIUFFRIDA-GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*. Rielaborazione della relazione svolta all'incontro tenuto presso la Corte di Cassazione il 29 ottobre 2014, dal titolo "Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo", in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015;
- GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss.;
- GIUNTA, *La nozione penalistica di rifiuto al cospetto della giurisprudenza CE*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1036 ss.;
- GIUNTA, *sub art. 50*, in AA. VV., *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005;
- GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino, 2003;
- GORI, *Articolo 3 Cedu e risarcimento da inumana detenzione*, in *Questione giust.*, 2 ottobre 2014 ss.;
- GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.* 2002, p. 296 ss.;
- GRASSO, *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, Milano 1999;

- GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015;
- GRASSO-SICURELLA, *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003;
- GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976;
- GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative nell'ordinamento penitenziario; profili processuali*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977;
- GRISPIGNI, *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, Roma, 1979;
- GROSSO, *La carcerazione preventiva tra "emergenza" e costituzione*, in *Giust. pen.*, 1983, c. 531 ss.;
- GUARDATA, sub art. 655, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 481 ss.;
- GUARDATA, sub art. 656, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, VI, Torino, 1991, VI, Torino, 1991, p. 481 ss.;
- GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990;
- GUAZZAROTTI-COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it, 2006;
- GUZMÀ DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici (ed. it. a cura di)*, FORNASARI-CORN, Università degli Studi di Trento, 2009;
- HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), Roma, 1993;
- HANCOX, *The Meaning of "implementation" EU law under Article 51(I) of the Charter: Akerberg Frasson*, in *59 Common Market Law Review*, 2013, p. 1426 ss.;
- HASSAMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 42 ss.;
- HASSEMER, *Kennzeichen und Kreisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 ss.;
- HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlin/Heidelberg/New York, 2007;

- IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2011, p. 815 ss.;
- ICHINO, *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010, p. 849 ss.;
- ICHINO, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014;
- HASSAMER, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, p. 439 ss.;
- IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Princeton, 2001, trad. it., Milano, 2003;
- INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2002;
- INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Aa. Vv.*, *Introduzione al sistema penale*, IV ed., vol. I, Torino, 2012, p. 320 ss.;
- INSOLERA, *Sui giudizi di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sull'insindacabilità delle norme di favore?* in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 671 ss.;
- INSOLERA,-MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, p. 2768 ss.;
- JACOBS-WHITE-SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012;
- JACQUÉ, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in *ROSSI, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002;
- JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976
- JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1980
- JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983;
- KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *AA. VV.*, *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Diritto penale*, II, Milano, 2000, p. 391 ss.;
- KALB, *La esecuzione delle pene detentive*, in *Dalia-Ferrajoili (coord. da), Sospensione ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998;

- KALB, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, (a cura di) Spangher-Kalb, Trattato di procedura penale, vo. VI, Torino, 2008, p. 127 ss.;
- KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, 1925, in ID., *Rechtswissenschaft und Soziologie – Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962;
- KELSEN, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977;
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Milano, 1952;
- KLUG, *Abscheid von Kant und Hegel*, in AA. VV., *Programme fur ein neues Strafgesetzbuch*, 1968
- KOKOTT-SOBOTTA, *The Charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon*, *EUI Working Papers*, (2010/6), pp. 1 ss.;
- KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, p. 10 ss.;
- KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. fil. dir.*, LXIX, 1992, p. 3 ss.;
- LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2722 ss.;
- LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni d'uso*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, cit., p. 183 ss.;
- LAMARQUE-VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014;
- LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016;
- LAWSON, *Encyclopedia of Human Rights*, Washington, II ed., 1996;
- LENAERTS, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 377 ss.;
- LEO G., *Gli statuti differenziati per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011;
- LEO, *Illegittima la punizione dell'inottemperanza all'ordine "reiterato" di allontanamento quando ricorre un "giustificato motivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1 ss.;

- LEONE G., *Per definire con esattezza l'autonomia didattica del diritto e della procedura penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 635 ss.;
- LEVI, *sub art. 2*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, (diretto da), Conti, Milano, 1934;
- LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1/2011, pp. 271-272;
- LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte Europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2/2011, p. 1560 ss.;
- LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968;
- LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VI ed., Torino, 2016;
- LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 165 ss.;
- LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, (a cura di), Eusebi, Milano, 2005;
- LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in Romano M.-Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980;
- LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, *La Consulta Online*, p. 1 ss.;
- LUHMANN N., *La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento*, in Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it., Bologna, 1990;
- LUPO, *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016;
- MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, (a cura di), Lipari, 2006;
- MACCORMICK, *Law, Morality and Positivism*, (1982), in Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, p. 128 ss.;
- MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 8, p. 1019 ss.;

- MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 285 ss.;
- MAINHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, 1962;
- MAISTO, *Confermata l'attività del pubblico ministero quale "motore" dell'esecuzione penale*, in *Guida dir.*, 1998, n. 23, p. 23 ss.;
- MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4/2011, p. 11 ss.;
- MANACORDA, *"Oltre il falso in bilancio": i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006;
- MANACORDA, *Carta europea dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011
- MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen. web*, fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2015;
- MANACORDA, *Un bilan des dynamiques d'integration penale all'aube du Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et droit penal compare*, n. 4/2009, p. 927 ss.;
- MANCA V., *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014;
- MANCA V., *La ragionevolezza del dubbio nel delitto di calunnia: criterio di accertamento del dolo o espediente per una responsabilità sostanzialmente colposa?*, nota a Cass. pen. 22 dicembre 2015, n. 1399, in *Arch. pen. web.*, 2/2016;
- MANCA V., *Lezioni di vita carceraria: "Galera, botte ed omertà". Parte seconda.*, in *Dir. pen. cont.*, 23 aprile 2016;
- MANCA V., *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015;
- MANCA V., *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014;

- MANCA V., *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'estradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2014;
- MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012;
- MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015;
- MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, 6 maggio 2016;
- MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (a cura di) Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012;
- MANES-ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014;
- MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2014;
- MANNA, *La nuova legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria e illegittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 759 ss.;
- MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, (a cura di) Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011;
- MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003;
- MANNOZZI-LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 152 ss.;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova, 2011;
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., aggio. da Nuvolone-Pisapia, I, (a cura di) Pisapia, Torino, 1981;
- MANZIONE, *L'esecuzione delle pene*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001;

- MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015;
- MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016;
- MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, 1992, p. 419 ss.;
- MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997;
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006;
- MARINUCCI-DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1992, p. 40 ss.;
- MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2015;
- MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, (a cura di), Garofoli V., Milano, 2005;
- MASERA- VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 2 ss.;
- MASERA, *"Terra bruciata", attorno al clandestino*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, (a cura di) Mazza e Viganò, Torino, 2009;
- MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 T.U. imm.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2014;
- MASERA, *Illecito reingresso dello straniero e direttiva rimpatri al vaglio della Corte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013;
- MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 dicembre 2011;

- MASERA, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015;
- MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14 - considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C - 61/11) e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011;
- MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978;
- MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 1083 ss.;
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992;
- MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, (a cura di) Corso, *Manuale dell'esecuzione*, III ed., Bologna, 2006;
- MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in *Tratto di diritto penale. Parte generale, I, Il diritto penale e la legge penale*, (a cura di), Cadoppi-Manna-Papa-Canestrari, Torino, 2012;
- MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013;
- MAZZACUVA F., *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016;
- MAZZAMUTO, *Sentenza Torreggiani: cosa è possibile fare in "zona Cesarini"?*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU* (a cura di), Ruotolo, Napoli, 2014;
- MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in Marchetti-Mazzucato, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006;
- MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in Marchetti, Mazzucato, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006;
- MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, (a cura di) Lombardi-Vallauri, in *Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1990;

- MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti-Spangher, (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005;
- MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in Così-Foddai, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003;
- MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Milano, 2008;
- MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, p. 122 ss.;
- MENGGONI L., *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996;
- MESTITZ-COLAMUSSI, *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori e giustizia*, n. 2/2000, p. 223 ss.;
- MEYER-LADEWIG, *German experiences with the execution of judgements of the European Court of Human Rights*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003;
- MIELE, *Per una strutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Giusto processo*, 1992, p. 97 ss.;
- MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, 2016;
- MILITELLO, *Prevenzione dei reati*, in Ferracuti, *Trattato di criminologia, medicina criminologica penale*, Milano, 1988;
- MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982;
- MINNELLA, *Il "bonus" della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in *Arch. pen.*, 2014, f. 3, p. 7 ss.;
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;

- MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 925 ss.;
- MOCCIA, *Principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1006 ss.;
- MOCCIA-CAVALIERE, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016;
- MOLARI, *Il principio di legalità tra diritto e processo nel pensiero di Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 249 ss.;
- MOLINARI, *Il reclutamento e la formazione dei giudici*, in Aa. Vv., *Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale. Esperienze in Italia e nel mondo*, Roma, 1982;
- MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984;
- MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 594 ss.;
- MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minori e giustizia*, n. 2/1999, p. 86 ss.;
- MORALES PRATS, *Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión europea: reflexiones a propósito del Corpus Juris*, in *Revista penal*, 1999, pp. 29 ss.;
- MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milano, 1974;
- MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, tomo II, *La ragionevolezza nell'interpretazione e nel sindacato di costituzionalità*, (a cura di), Cerri, Milano, 2007;
- MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice della moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it.*, 1988, p. 48 ss.;
- MÜLLER DIETZ, *Ziel und Methoden des modernen Strafvollzugs*, in *Wege zur Strafvollzugsreform*, 1972, p. 8 ss.;
- MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4003 ss.;
- MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1/2011, p.128 ss.;

- MUSIO, *La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana*, su <http://www.altrodiritto.unifi.it/law-ways/musio/index.htm>, 14 luglio 2009;
- NAPPI, *Guida al codice penale, parte generale*, II ed., Milano, 2008;
- NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2011;
- NATALINI, *Gli irrisolti contrasti tra la penalità interna e diritto comunitario: l'abusiva raccolta di scommesse e gli "arrocamenti" delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3121 ss.;
- NATALINI, *Il "requiem" per il bollino Siae e i suoi effetti pratici immediati*, in www.dirittoegiustizia.it;
- NATALINI, *Scommesse "on line" e sanzioni penali: per i giudici comunitari per la legge italiana non è eurocompatibile*, in www.dirittoegiustizia.it;
- NATALINI, *Scommesse on line: il monopolio degli Stati non lede la circolazione di capitali e servizi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 39, p. 100 ss.;
- NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in Romano M.-Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 49 ss.;
- NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, II, p. 315 ss.;
- NEWELL, *Forgiving Justice. A Quaker Vision for Criminal Justice*, Quaker Books, London, 2007;
- NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;
- NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991;
- NIRO-SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010;
- NOBILI, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Qcrim.*, 1977, p. 51 ss.;
- NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di F. Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 648 ss.;
- NOBILI, *sub art. 25, co. 1*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di), Branca, *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, p. 186 ss.;
- NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia cautelare preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2138 ss.;
- NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962;

- NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti* (2000), Bologna, 2001;
- NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 351 ss.;
- NUVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 4 ss.;
- ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Torino, 1988;
- PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978;
- PADELLETTI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. it.*, 2008, p. 143 ss.;
- PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008;
- PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008;
- PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio, effettività e certezza della pena*, Milano, 2002;
- PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antisfrotiche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.;
- PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.
- PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss.;
- PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier, f. 1, p. 63 ss.;
- PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 5 ss.;
- PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 25 ss.;
- PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 219 ss.;

- PAGLIARO, *Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in (a cura di), Vassalli, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982;
- PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 1 ss.;
- PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, 1979, in *Riv. it. dir. proc.*, 1979, p. 1189 ss.;
- PAGLIARO, *Legge (IV) Legge penale: c) legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973;
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1996;
- PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, in AA.VV., *Pene e misure alternative*, Milano, 1977, p. 415 ss.;
- PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 36 ss.;
- PAGLIARO, *Schema di legge delega per un nuovo codice penale*, in ID., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 244 ss.;
- PAGLIARO, *Sproporzione "irragionevole" dei livelli sanzionatori o sproporzione "irrazionale"?*, in *Giurisp. Costituz.*, 1997, p. 774 ss.;
- PAGLIARO, *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 353 ss.;
- PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. Dir., Annali*, I, 2007;
- PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 477 ss.;
- PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, I, Milano, 1997;
- PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 1173 ss.;
- PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1174 ss.;

- PALAZZO, *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2011;
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979;
- PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 334 ss.;
- PALAZZO, *La riforma alza il tiro?*, *Considerazioni sul disegno di legge A.S. e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2016;
- PALAZZO, *La riforma del sistema sanzionatori. Percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 95 ss.;
- PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 9, p. 1063 ss.;
- PALAZZO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.;
- PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza - tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327 ss.;
- PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 695;
- PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.;
- PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, (a cura di), Giunta e Marzaduri, Milano;
- PANNAIN B.-ALBINO-PANNAIN M., *Il giudizio "tecnico" sulla personalità dell'imputato. Dal divieto del c.p.p. del '30 a quello del c.p.p. '88*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 104 ss.;
- PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1016 ss.;
- PASCULLI A.M.-VENTURA, *La nuova legge svuota carceri. Misure urgenti a tutela dei diritti dei detenuti*, Roma, 2014;
- PATRIZI-DI TULLIO D'ELISIS, *Il punto sulla perizia psicologica e criminologica*, (a cura di) Patrizi-De Leo, *Lo psicologo criminologo*, Milano, 2006;
- PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 27 ss.;

- PAVARINI, *Note sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penalità*, in *Delitti Pene*, 1994, (3), p. 157; PISA, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 667 ss.;
- PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in Insolera-Mazzacuva (a cura di), *Introduzione al sistema penale vol. I*, Torino, 1997;
- PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1430 ss.;
- PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2010, p. 405 ss.;
- PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011;
- PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, ivi, 2013, p. 262; Di Stefano-Di Meo-Calabrese-D'Imperio-Fossati, Giovannangeli-Gallo C.-Isolone-Giuria-Beraldo, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, p. 1 ss.;
- PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016
- PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, p. 1315 ss.;
- PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Milano, 1983;
- PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea* (a cura di) Canestrari-Foffani, Bologna, 2005;
- PICOTTI, *La legge penale*, in *Codice penale. Parte generale*, (diretto da) Bricola-Zagrebelsky, vol. I, II ed., Torino, 1995;
- PICOTTI, *La legge penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, (diretta da) Bricola-Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale, I*, Torino, 1996;
- PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, Padova, 1998;
- PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2013;

- PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del doppio testo e tutela degli interessi europei*, in Grasso-Sicurella, *Il Corpus Iuris 2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2008;
- PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016;
- PISANI, *L'autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, p. 127 ss.;
- PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in AA.VV., *La sfida della mediazione* (a cura di) Pisapia-Antonucci, Padova, 1997;
- PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) Bartole, Bin, Crisafulli, Paladin, Padova, 2008;
- PLACK, *Kriminalitätstheorien und die Psychologie des Strafrechts. Ein Beitrag zur Überwindung des Strafrechts*, in AA. VV., *Strafe und Verbrechen* (a cura di), Naegeli, 1976;
- PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2011;
- PRESUTTI, *Disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1993, p. 197 ss.;
- PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in AA. VV., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999;
- PUCETTI, *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*, in *Riv. pen.*, 2012, p. 662 ss.;
- PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; GASPARI, *Liberazione anticipata speciale fino a Natale 2015*, in *Giuda al dir.*, 2014, n. 4, p. 49 ss.;
- PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994;
- PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 199 ss.;
- PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011;
- PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 108;

- PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen./Riv. trim.*, 1/2015, p. 33 ss.;
- PULITANÒ, *L'errore di diritto*, Milano, 1976;
- PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 52 ss.;
- PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015;
- PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 212 ss.;
- PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1209;
- PULITANÒ, *Retroattività favorevole e lo scrutinio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 946 ss.;
- PULITANÒ, *Sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Aa. Vv., Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXIII Convegno di studio Enrico De Nicola*, Milano, 2002;
- PULITANÒ, sub art. 2, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da Crespi-Zuccalà-Stella, Padova, 1992;
- RAGUSA, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016;
- RAMPIONI, *Principio di certezza e cd. diritto vivente*, in *Giust. pen.*, 2015, fasc. 10, pt. 2, p. 513;
- RANDEZZO, *Caso Dorigo. La Cassazione "paralizza" il giudicato penale in applicazione della CEDU, senza pregiudicare la rilevanza della quaestio sui limiti della revisione. Ora la parola alla Corte costituzionale*, in Bin, Pitruzzella, Pugiotto, Veronesi, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 209 ss.;
- RICCARDI, *Giudicato penale e 'incostituzionalità' della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2015;
- RIEDEL, *Universality of Human Rights and Cultural Pluralism* (1999), in ID., *Die Universalität der Menschenrechte. Philosophische Grundlagen. Nationale*

- Gewährleistungen. Internationale Garantien*, hrsg. von Ch. Koenig und R.A. Lorz, Duncker & Humblot, Berlin, 2003;
- RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996;
- ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3275 ss.;
- ROMANO B., *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016;
- ROMANO B., sub art. 2, in *Codice penale*, (a cura di), Padovani, Milano, 1997;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art., 1-84, Milano, 1995;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 2, Vol. I., Milano, 2004
- ROMANO M., *Prevenzione generale e condanna dell'innocente*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, p. 990 ss.;
- ROMANO, *Ancora dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 75-bis d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2016;
- ROMANO, *L'art. 75-bis del d.P.R. n. 309 del 1990 al vaglio della Corte costituzionale: ovvero della neve e della droga insieme*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2015;
- ROMANO, *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di "spaccio" di lieve entità*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2014;
- ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2013;
- ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012;
- ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014;
- ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012;

- ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice": metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014;
- ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012;
- ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa. Un'analisi penalistica "multilivello"*, in *Arch. Pen.*, 2011, p. 155 ss.;
- RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996;
- RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137 ss.;
- RONCO, *Una proposta per la riqualificazione di senso della pena riabilitativa*, in Aa. Vv., *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e della scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 51 ss.;
- ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, trad. it., Milano, 1972;
- ROXIN, *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien*, in *Festschrift Heinrich Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 171 ss.;
- ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1996, p. 380 ss.;
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015;
- RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it;
- RUGGERI S., *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Riv. trim. dir. pen.*, n. 1/2015, pp. 1 ss.;
- RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016;
- SACCUCCI, *Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Riv. dir. it.*, 2008, p. 156 ss.;

- SALCUNI, *Il “canto del cigno” degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, p. 83 ss.;
- SALCUNI, *Il diritto penale europeo*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale I. Il diritto penale e la legge penale*, vol. I, Torino, 2012;
- SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen. web*, fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2015;
- SALS, *Vers un droit commun europeen? Propos introductif*, in *Droit et Justice*, n. 33, 2002, p. 286 ss.;
- SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I, Torino, 1940;
- SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights*, in *C.M.L. Rev.*, 2012, p. 1565 ss.;
- SAPONARO, *L’esame della personalità del reo nel processo penale. Evoluzione, involuzione, modelli alternativi, prospettive*, Bari, 1997;
- SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2008;
- SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 84 ss.;
- SCHIEK, *Constitutional Principles and Horizontal Effect: Küçükdeveci Revisited*, in *European Labour Law Journal*, 2010, pp. 373 ss.;
- SCIACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen. web*, 2013, 1/2013, p. 3 ss.;
- SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Milano, 2012;
- SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014;
- SCOLETTA, *Principe de retroactivité favorable et illicéité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in Apatero-Martín, *European Criminal Law: An Overview*, 2010, p. 337 ss.

SELVAGGI, *Concorso esterno e principio di legalità ("nullum crimen sine lege")*: opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte europea?, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7-8, pp. 2865-2867;

SEVERINO, *Successione delle leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993;

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, I, (a cura di) Moccia, Napoli, 2002;

SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005;

SICURELLA, *Il Corpus juris: elementi per una procedura penale europea*, (a cura di) Grasso, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998;

SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2013;

SILVANI, *Il giudizio del tempo: uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009;

SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi penali in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione delle leggi* (1969) Milano, 1987;

SONELLI, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, Torino, 2010;

SORIA JIMENEZ, *La problematica ejecucion de la sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rev. esp. der. const.*, 1992, p. 313;

SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149;

SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007;

SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema pena europeo vigente*, Milano, 2007;

SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 3, p. 1146 ss.;

SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016;

SOTIS-BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem"*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011;

- SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50 ss.;
- SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 3 ss.;
- SPAVENTA, *Federalisation versus Centralisation: Tensions in fundamental rights discourse in the EU*, in Dougan-Currie, *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Oxford, 2009;
- STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003;
- STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in Romano M.-Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale*, Bologna, 1980, p. 22 ss.;
- STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA. VV., *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977
- STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77
- STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971;
- STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della procedura penale non significa autonomia culturale*, in *Dir. pen. proc.*, p. 636 ss.;
- STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in *Evoluzione del diritto e della procedura penale 1945-1990*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991;
- TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007;
- TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht*, in *Festschrift Nishihara*, Baden-Baden, 1998, p. 496 ss.;
- TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325 ss.;
- TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013;
- TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010;

- UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in BALSAMO-KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, Torino, 2008, p. 121 ss.;
- UMBREIT-COATES-BROWN, *Facing Violence. The Path of Restorative Justice and Dialogue*, in *Criminal Justice Press*, 2003, Monsey N.Y.;
- VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*. Parte prima, in *Riv. it. dir. pen. economia*, 2005, p. 959 ss.;
- VALENTINI, *Diritto intertemporale*, Milano, 2012;
- VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, (a cura di) Caprioli-Scomparin, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 205 ss.;
- VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016;
- VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2015;
- VARRASO, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992;
- VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 ss.;
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.;
- VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 1982, p. 445 ss.;
- VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, 1958;
- VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942;
- VASSALLI, *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice penale vigente*, in *Giust. pen.*, 1950, p. 140 ss.;
- VASSALLI, *Problemi generali di diritto penale*, (a cura di) Vassalli, Milano, 1982
- VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, (a cura di) Venafro-Piemontese, *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004;

- VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'unione ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016;
- VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015;
- VERVEALE, *Preface*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les penal*, Antwerpen/Groningen/Oxford, 2000;
- VIGANÒ (editoriale), *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016;
- VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015;
- VIGANÒ, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5-ter e quater, sette repliche ad altrettante obiezioni*, Relazione all'incontro di studio organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati della Corte d'Appello di Bologna il 18 febbraio 2011, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2011;
- VIGANÒ, *Discusso avanti alla Corte di giustizia il primo rinvio pregiudiziale sulla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2011;
- VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012;
- VIGANÒ, *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012;
- VIGANÒ, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2011;
- VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, 2010;
- VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 167 ss.;
- VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011;

- VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015;
- VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012;
- VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015;
- VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016;
- VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicati. Riflessioni a margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga del "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014;
- VIGANÒ, *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2013;
- VIGANÒ, *Qualche replica "a caldo alle obiezioni sollevate nel dibattito in corso*, in *Dir. pen. cont.*;
- VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014;
- VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.;
- VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012;
- VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *Dir. pen. cont.*, 10 settembre 2012;

- VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012;
- VIGANÒ-MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1410 ss.;
- VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009;
- VILLA, *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo*, in Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991;
- VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004;
- VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss.;
- VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, Torino, 1989;
- VIOLA, *Le origini ideali dei diritti umani*, in ID., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000;
- VISALBERGHI, *Il concetto di transazione*, in AA. VV., *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958;
- VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénale*, in *Rev. inter. etud. jur.*, 2001, p. 141 ss.;
- VOGLIOTTI, *Mutations dans le champ pénal contemporaine. Vers un droit pénal en réseau?*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 741 ss.;
- VON LIST, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. Milano, 1962;
- WADHAM, MOUNTFIELD, EDMUNDSON, GALLAGHER, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford, 2007;
- WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press, Oxford, 1999;
- WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965;

- WIEACKER, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin-New York, 1979;
- ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 784 ss.;
- ZAFFARONI, *La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria*, in AA. VV., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* (a cura di), Gianformaggio, Torino, 1993;
- ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005;
- ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012;
- ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990;
- ZIPF, *Politica criminale* (1980), trad. it. Bazzoni, Milano, 1989;
- ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016;
- ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell’ordinamento positivo italiano*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.