

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO-BICOCCA**

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM PROCEDURA PENALE E DIRITTO DELLE PROVE
XXIV CICLO

IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE

RELATORE:
CHIAR.MO PROF. OLIVIERO MAZZA

TESI DI DOTTORATO DI
DOMENICO FRANCESCO MEDDIS
Matricola: 027848

*A Marcella, la mia luce
A Giovanna e Michele*

Alla mia famiglia

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO 1

LA PROGRESSIVA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLA FASE DELL'ESECUZIONE PENALE. PROFILI STORICO-EVOLUTIVI

Premessa	1
1. La natura sostanzialmente amministrativa dell'esecuzione della pena nel codice di rito del 1930	3
2. <i>Segue</i> : il ruolo del giudice nella vicenda esecutiva	8
3. <i>Segue</i> : la parentesi giurisdizionale del procedimento per gli incidenti di esecuzione	16
4. Metamorfosi dell'esecuzione penale: dalla Costituzione alla legge di riforma penitenziaria	26
5. Il nuovo volto dell'esecuzione penale nella legge-delega c.p.p. del 1974	35
6. <i>Segue</i> : ... e in quella del 1987	42
7. L'assetto dell'esecuzione penale nel nuovo codice di procedura penale	46
8. « Giusto processo » e giurisdizione esecutiva ..	58
9. <i>Segue</i> : l'applicabilità <i>in executivis</i> dei principi enucleati nei primi due commi dell'art. 111 Cost.	61

10. <i>Segue</i> : la trasposizione nella fase <i>post rem iudicatam</i> dei principi espressi ai commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost.	75
11. La progressiva tendenza del vigente sistema processuale-penale a evolvere in una struttura a doppia pronuncia. Prospettive <i>de iure condendo</i>	82

CAPITOLO 2

IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE: L'INSTAURAZIONE DEL RITO E LA FASE PRELIMINARE ALL'UDIENZA

1. L'individuazione del giudice competente per l'esecuzione	99
2. <i>Segue</i> : il divieto d'instaurazione del procedimento <i>ex officio iudicis</i>	111
3. I soggetti legittimati all'avvio del procedimento	115
4. <i>Segue</i> : la presentazione della richiesta	125
5. Il vaglio preliminare sull'ammissibilità della richiesta	129
6. La fissazione della data dell'udienza	143
7. <i>Segue</i> : l'avviso della data d'udienza e i suoi destinatari	147
8. <i>Segue</i> : forma e contenuti dell'avviso d'udienza	148
9. <i>Segue</i> : il termine di preavviso	154

10. <i>Segue</i> : le nullità dell'avviso	156
11. Il deposito delle memorie e degli atti	164

CAPITOLO 3

L'UDIENZA IN CAMERA DI CONSIGLIO

1. La partecipazione necessaria del p.m. e del difensore all'udienza	169
2. <i>Segue</i> : l'intervento dell'interessato: profili di ineffettività del contraddittorio camerale	174
3. Lo svolgimento dell'udienza	190
4. <i>Segue</i> : l'udienza a "porte chiuse" al vaglio di compatibilità con i principi dell'equo processo	191

CAPITOLO 4

IL PROCEDIMENTO PROBATORIO

1. La prova nella giurisdizione esecutiva	209
2. Il ruolo delle parti e del giudice innanzi alla prova <i>in executivis</i>	212
3. I mezzi di prova ammissibili	227
4. Le modalità di assunzione della prova tra tutela del contraddittorio ed esigenze di	

semplificazione	235
5. Il verbale d'udienza	241

CAPITOLO 5

LA FASE DECISORIA E L'IMPUGNAZIONE

1. L'ordinanza conclusiva del procedimento	245
2. L'impugnazione: il ricorso per cassazione	251
3. Il giudicato esecutivo	265

CAPITOLO 6

II PROCEDIMENTO A CONTRADDITTORIO EVENTUALE E DIFFERITO: IL RITO “*DE PLANO*”

1. Il rito “ <i>de plano</i> ”	271
2. Spazi operativi	272
3. La procedura semplificata: il provvedimento reso <i>inaudita altera parte</i>	275
4. Il recupero del contraddittorio: l'opposizione avverso l'ordinanza <i>de plano</i>	277

<i>Bibliografia</i>	285
---------------------------	-----

CAPITOLO 1

LA PROGRESSIVA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLA FASE DELL'ESECUZIONE PENALE. PROFILI STORICO-EVOLUTIVI.

SOMMARIO: Premessa. – 1. La natura sostanzialmente amministrativa dell'esecuzione della pena nel codice di rito del 1930. – 2. *Segue:* il ruolo del giudice nella vicenda esecutiva. 3. – *Segue:* la parentesi giurisdizionale del procedimento per gli incidenti di esecuzione. – 4. Metamorfosi dell'esecuzione penale: dalla Costituzione alla legge di riforma penitenziaria – 5. Il nuovo volto dell'esecuzione penale nella legge-delega c.p.p. del 1974 ... – 6. *Segue:* ... e in quella del 1987. – 7. L'assetto dell'esecuzione penale nel nuovo codice di procedura penale. – 8. « Giusto processo » e giurisdizione esecutiva. – 9. *Segue:* l'applicabilità *in executivis* dei principi enucleati nei primi due commi dell'art. 111 Cost. – 10. *Segue:* l'adattabilità alla fase *post rem iudicatam* dei principi espressi ai commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. – 11. La progressiva tendenza del vigente sistema processuale-penale a evolvere in una struttura a doppia pronuncia. Prospettive *de iure condendo*.

Premessa. – L'attuale modello di esecuzione penale, normativamente recepito nel nostro ordinamento, affonda le proprie radici nel cambio di paradigma che s'impose in seno al tradizionale dibattito politico-filosofico sulla pena all'indomani della caduta del regime fascista e che culminò, simbolicamente, nella solenne proclamazione del

principio rieducativo di matrice costituzionale¹. Proprio l'art. 27 comma 3 Cost. segnò, infatti, il superamento definitivo dell'ideologia strettamente retributiva imperante, fino ad allora, nell'esercizio del potere punitivo statale – e conseguentemente il tramonto del mito dell'intangibilità del giudicato penale – ponendo al contempo le basi, sul piano della legislazione ordinaria, per una lenta, ma progressiva giurisdizionalizzazione dell'intera fase *post rem iudicatam*². Storicamente, del resto, le sorti della materia esecutiva penale – come si avrà modo di mettere in luce nel prosieguo del discorso – dipendono strettamente dalla concezione della pena accolta

¹ Sul finalismo rieducativo di cui all'art. 27 comma 3 Cost., cfr. E. DOLCINI, *La « rieducazione del condannato » tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 71 ss.; V. GREVI, *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 562 ss.; G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 437 ss.; ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.

² In merito al processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, v., *ex multis*, F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 265 ss.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 26 ss.; V. CAVALLARI, *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto - A. Lombroso, Padova, 1976, p. 44 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 1 ss.; E. SOMMA, *La « giurisdizionalizzazione dell'esecuzione ». Processo penale e processo di sorveglianza*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti del Convegno di Lecce, Milano, 1977, p. 159 ss.

e trasfusa, di volta in volta, dal legislatore penale *pro tempore* nell'impianto normativo-sanzionatorio³.

A riprova di tale assunto, può così risultare utile fornire una breve ricognizione storico-sistematica della dell'esecuzione penale, al fine di metterne in luce le tappe evolutive essenziali, muovendo a tale scopo – quale punto di partenza dell'indagine – dall'inquadramento della sua natura giuridica nel periodo precedente l'avvento della Costituzione repubblicana.

1. La natura sostanzialmente amministrativa dell'esecuzione della pena nel codice di rito del 1930. – Vigenti i codici penale e di rito del 1930, la sanzione

³ Cfr., sul punto, F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 267, che rimarca come « l'impulso ad una progressiva giurisdizionalizzazione dell'esecuzione, è fra l'altro, collegato alla trasformazione delle funzioni proprie delle pene detentive »; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 26 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 1, il quale mette in giusta evidenza come la disciplina dell'esecuzione penale rifletta proprio le scelte politico-legislative « operate a monte dal legislatore in ordine ad alcuni dei grandi temi del diritto e della procedura penale: le finalità attribuite alla pena in un caso, e le valenze assegnate al giudicato nell'altro caso, rappresentano [...] due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam* »; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, p. 28; A. PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Agg., Roma, 1996, p. 1; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, Torino, 1953, p. 5, in cui si legge: « [l]'analisi dell'esecuzione penale rivela la sua intima correlazione con le teorie del reato, della pena, dei diritti e degli obblighi che ne discendono, dei rapporti giuridici di diritto penale ».

detentiva – funzionalmente alla “teoria della pena” allora dominante nel magistero punitivo, connotata esclusivamente in senso retributivo e orientata alla prevenzione generale⁴ – si sostanziava in un trattamento di carattere puramente afflittivo, fine a se stesso, quale “castigo” per il male commesso, cui assoggettare l’autore del fatto illecito riconosciuto colpevole all’esito del processo⁵. In tale prospettiva, non residuando spazio alcuno per interventi sul condannato, il carcere era inteso e gestito come luogo di sola segregazione fisica.

Coerentemente con tale premessa ideologica circa la funzione assegnata alla pena, il sistema processuale-penale dell’epoca postulava, a sua volta, il principio

⁴ Per un’ampia documentazione sulle teorie e le funzioni della pena, v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 660 ss.; G. FORTI, *L’immane concretezza*, Milano, 2000, p. 110 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 762 ss.; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2006, p. 3 ss.

⁵ Il legislatore penale del 1930 ha inteso valorizzare nel nuovo impianto sanzionatorio le istanze sottese sia alla prevenzione generale che a quella speciale, affidandone la realizzazione, rispettivamente, alle pene e alle misure di sicurezza. Il sistema che ne è scaturito, c.d. “doppio binario”, non si rivelò, però, funzionale al perseguimento dell’obiettivo dichiarato: quello, cioè, di « attribuire alle due forme di sanzioni penali modalità di esecuzione diverse, corrispondenti alla differenza di obiettivi politico-criminali rispettivamente perseguiti » (così, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 649). Le misure di sicurezza, infatti, pur fondate sulla pericolosità sociale del reo e finalizzate alla sua risocializzazione, si risolsero, nella loro pratica applicazione, in un duplicato della pena. Il quadro normativo-sanzionatorio dell’epoca era completato dal regolamento per gli istituti di prevenzione e pena (r.d. 18 giugno 1931 n. 787), anch’esso caratterizzato da una forte matrice repressiva.

dell'intangibilità del giudicato: quest'ultimo, segnando la definitiva chiusura del processo, rappresentava lo « strumento idoneo a realizzare l'imperatività della legge penale e la stabilità dell'accertamento giudiziario definitivo »⁶, sia sotto il profilo della tipologia sia quanto alla durata della sanzione irrogata al condannato. In virtù del principio suddetto, infatti, la sentenza irrevocabile di condanna non era suscettibile, nel corso della sua esecuzione, di essere rimessa in discussione o di subire manipolazione alcuna, salvo che per effetto di un eventuale procedimento di revisione (art. 553 ss. c.p.p. 1930), o di meri provvedimenti clemenziali (*id est*: grazia, amnistia e indulto)⁷: « il giudice, quando è stata

⁶ La citazione è di F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, p. 104, il quale evidenzia come, nel codice di rito del 1930, a differenza che nella codificazione precedente di stampo liberale, l'intangibilità del *dictum* giudiziale non rispondeva all'esigenza di tutelare la libertà dell'individuo, ma era volta alla realizzazione di un ideale di giustizia "ultraterreno" dalla forte connotazione paternalistica di cui lo Stato totalitario si faceva portatore; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 44; G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss.; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 17; EAD., *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale. Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, VI, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, p. 11 ss.

⁷ Erano fatte salve, inoltre, le ipotesi di differimento dell'esecuzione della pena (art. 146 e 147 c.p.) e di concessione della liberazione condizionale (art. 176 c.p.). Peraltro, il giudicato poteva del tutto venire meno nell'ipotesi di *abolitio criminis* ex art. 2 comma 2 c.p.

pronunciata una sentenza irrevocabile, *functus est munere suo* »⁸.

Esauritasi, dunque, la fase giurisdizionale, con l'emissione della predetta sentenza irrevocabile, il successivo momento esecutivo veniva a coincidere, quale mera appendice del processo, con l'attuazione *tout court* del comando sanzionatorio, nei limiti esattamente fissati nel provvedimento definitivo di condanna. Trattandosi, perciò, di attività esclusivamente materiale (*rectius*: una sequela di attività materiali) posta al di fuori della fase processuale di cognizione e, pertanto, neanche lontanamente partecipe dei caratteri minimi della giurisdizione, l'esecuzione penale si risolveva in « un affare di ordine amministrativo »⁹, della cui “gestione” era

⁸ Testualmente, F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 63. Per una ricostruzione dell'esecuzione penale durante la vigenza del codice Rocco, v., *ex plurimis*, V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, p. 489 ss.; F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 286 ss.

⁹ L'espressione è di A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 23. Sul carattere amministrativo del momento esecutivo, cfr. G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1965, p. 476 ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, p. 462; sulla natura giurisdizionale dell'esecuzione penale, fra gli altri, cfr. U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale. Dell'esecuzione e dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, IV, Milano, 1943, p. 5; F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, p. 214 ss.; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, p. 309 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, p. 570 ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 206 ss.; infine, nel senso che la fase *de qua* avesse quantomeno carattere processuale,

incaricato il pubblico ministero¹⁰: nel vecchio sistema, l'appartenenza di quest'ultimo all'apparato amministrativo statale non era certo in discussione. Quale "organo propulsore" dell'esecuzione penale, tale soggetto veniva ad assumere, così, il ruolo di protagonista indiscusso della stessa: infatti, « quando la sentenza [era] stata pronunciata ed [era] divenuta definitiva, l'esecuzione [era] proposta dal [p.m.], ed [era] riservata peculiarmente agli organi dell'apposita [a]mministrazione »¹¹. In particolare, la disciplina codicistica attribuiva al p.m. la competenza a

cfr., per tutti, GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 733. Per una ricostruzione complessiva delle teorie sulla natura giuridica dell'esecuzione penale, v. G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 1 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 139 ss.; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 134 ss.; G. SLIWOWSKI, *La natura giudiziaria o amministrativa dell'esecuzione delle pene e i suoi riflessi sul problema del controllo dell'esecuzione*, in *Rass. st. penit.*, 1967, p. 507 ss.

¹⁰ ... oppure, *ratione materiae*, il pretore, presso il quale non esisteva un ufficio del p.m. (art. 577 comma 2 c.p.p. 1930). Poteri d'intervento, altresì, erano attribuiti dal codice di rito al Ministro di grazia e giustizia, in relazione alle specifiche ipotesi della revoca anticipata delle misure di sicurezza (art. 207 comma 3 c.p.), della concessione della liberazione condizionale (43 disp. att. c.p.p. 1930) e del differimento dell'esecuzione della pena (art. 589 c.p.p. 1930).

¹¹ *Ad litteram*, A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 141. Siffatta concezione, già presente nel codice del 1913, aveva le proprie origini nel *Code d'instruction criminelle* del 1808. In merito, per tutti, cfr. V. BAROSIO, *Le origini dell'incidente di esecuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1331 ss.; G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 1 ss.; P. PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 25 ss.

provvedere d'ufficio in materia, affidandogli, con riguardo alle pene detentive, il precipuo compito di emettere il primo atto dell'esecuzione, ossia l'ordine di carcerazione (art. 577 c.p.p. 1930; 73 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12). Nell'ipotesi di condannato a piede libero, la materiale esecuzione del provvedimento *de libertate* spettava direttamente all'autorità di pubblica sicurezza (art. 581 c.p.p. 1930; 38 disp. att. c.p.p. 1930). Nel qual caso, tuttavia, il p.m. (o il pretore), purché non vi fosse pericolo di fuga e la durata della pena da eseguire non fosse superiore a sei mesi, poteva far notificare al condannato l'ingiunzione a costituirsi in carcere entro cinque giorni (art. 581 comma 2 c.p.p. 1930). Ove, invece, si trattasse di condannato già in stato detentivo, il codice di rito prevedeva che « il pubblico ministero o il pretore ne informa[ss]e] il Ministero della giustizia affinché [si] provved[esse] all'esecuzione della pena » (art. 581 comma 3 c.p.p. 1930).

2. Segue: il ruolo del giudice nella vicenda esecutiva. – Entro certi margini, peraltro, la fase *post rem iudicatam* ospitava anche interventi, variamente modulati, dell'organo giudiziario, in funzione di controllo sul regolare svolgimento della vicenda esecutiva.

Da un lato, sul fronte dell'esecuzione in senso stretto, concernente il titolo esecutivo, era previsto l'intervento del giudice degli incidenti¹². Di tale soggetto, il codice di

¹² Sulla figura del giudice dell'esecuzione, vigente il codice di rito del 1930, cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 265 ss.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 173 ss.; G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione*

procedura del 1930 non dava alcuna definizione, limitandosi a stabilire che il giudice che aveva deliberato un provvedimento fosse competente a giudicare anche su tutti gli incidenti riguardanti la sua esecuzione (art. 628 c.p.p. 1930): la ragione di una simile scelta risiedeva nella circostanza che « tale giudice [fosse] il più idoneo a risolvere la controversia alla quale la sua decisione p[oteva] dare luogo »¹³. A tale figura, già nota al previgente codice di procedura penale, era affidata, anzitutto, una generica competenza a pronunciarsi in tutti quei casi, peraltro solo eventuali, in cui fossero sollevate dalle parti interessate questioni “controverse” circa l’eseguibilità e la concreta portata *in executivis* di un provvedimento giudiziale (*rectius*: giurisdizionale): « [f]edele custode del giudicato, egli ne forni[va] l’interpretazione autentica e rimuove[va] gli eventuali ostacoli alla sua pratica attuazione »¹⁴.

Oltre a una tale generica previsione, conseguente alla difficoltà di delimitare tassativamente i casi d’incidente, il codice di rito del 1930 riconosceva espressamente, in capo allo stesso giudice, anche una competenza funzionale specifica, con riguardo a una serie eterogenea di materie, che, a ragione della loro importanza, erano specificamente individuate e disciplinate: difatti, l’organo giurisdizionale era chiamato a emettere la declaratoria di estinzione del

penale, Napoli, 1965, p. 141 ss.; A. VENDITTI, voce *Giudice dell’esecuzione*, in *Nss. D. I.*, VII, 1961, p. 869 ss.

¹³ Così, A. SANTORO, *L’esecuzione penale*, cit., p. 395; cfr. anche F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 253; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008, p. 798.

¹⁴ Testualmente, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 2.

reato o della pena (art. 578 c.p.p. 1930), così come a pronunciarsi in punto di esecuzione di pene concorrenti e accessorie (art. 582 e 587 c.p.p. 1930), nei casi di dubbio sull'identità di persona condannata (art. 583 c.p.p. 1930) e di condanna per errore di nome (art. 584 c.p.p. 1930), sulla revoca, rispettivamente, della sospensione condizionale della pena, dell'ordine di non menzione della condanna nel certificato penale, della liberazione condizionale (art. 590 c.p.p. 1930), dell'amnistia, dell'indulto e della grazia condizionati (art. 596 c.p.p. 1930), della riabilitazione (art. 600 c.p.p. 1930) nonché, infine, a decidere in tema di esecuzione civile in materia penale (art. 611 ss. c.p.p. 1930) e di confisca (art. 655 c.p.p. 1930)¹⁵.

Per la risoluzione degli incidenti, sotto il profilo procedurale, il codice di rito dell'epoca prevedeva poi il "procedimento per gli incidenti di esecuzione" (art. 630 c.p.p. 1930)¹⁶. Benché si svolgesse con forme processuali semplificate rispetto a quelle tipiche della fase cognitiva, siffatta procedura vantava sicura natura giurisdizionale. Del resto, il giudice dell'esecuzione era chiamato, tramite il procedimento *de quo*, a pronunciarsi pur sempre su controversie riguardanti l'eseguibilità di provvedimenti

¹⁵ Sulle singole ipotesi d'intervento del giudice dell'esecuzione cfr., per tutti, G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 99 ss.

¹⁶ Il procedimento incidentale d'esecuzione fu ereditato, con alcuni aggiustamenti, dal previgente codice di procedura penale del 1913. Per una ricostruzione storica dell'intervento giurisdizionale *in executivis*, v., per tutti, V. BAROSIO, *Le origini dell'incidente di esecuzione*, cit., p. 1331 ss. Sul procedimento per gli incidenti d'esecuzione nel codice di rito del 1930, v., *infra*, § 3, al quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

incidenti sulla libertà personale del condannato, motivo per il quale non potevano non rivivere – seppur non compiutamente e senza intaccare in alcun modo la natura sostanzialmente amministrativa dell'esecuzione penale – le garanzie fondamentali dello *ius dicere*, tipiche della cognizione: vale a dire, il diritto di difesa, il contraddittorio, la motivazione e la ricorribilità per cassazione del provvedimento conclusivo del procedimento.

Ad ogni modo, non tutte le decisioni del giudice degli incidenti erano assunte all'esito del procedimento incidentale, residuando alcune ipotesi nelle quali lo stesso si pronunciava *de plano*, in assenza, cioè, di qualsiasi formalità e, quindi, di garanzie difensive; tuttavia, contro tali provvedimenti, la parte eventualmente interessata poteva proporre la relativa opposizione, con ciò attivando, avanti allo stesso organo giudiziario, la procedura giurisdizionalizzata di cui all'art. 630 c.p.p. 1930¹⁷.

In nessun caso, comunque, la portata degli interventi del giudice dell'esecuzione poteva sostanziarsi in una rivisitazione di quanto deciso sul fatto e sulla responsabilità nel processo di cognizione: quest'ultimo si chiudeva formalmente e definitivamente con la relativa decisione irrevocabile, sulla quale interveniva l'effetto preclusivo del giudicato.

Dall'altro lato, sul parallelo versante penitenziario, la normativa codicistica contemplava l'intervento del giudice

¹⁷ In merito, cfr. G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 127 ss.; ID., voce *Incidente di esecuzione*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 17-18; A. MARUCCI, *Incidente di esecuzione e procedura « de plano »*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 137; ID., *La natura giurisdizionale del procedimento incidentale « de plano »*, in *Rass. st. penit.*, 1958, p. 894 ss.

di sorveglianza – figura introdotta proprio dal codice di procedura del 1930 (art. 585) –, operante nelle vesti di « organo di controllo permanente degli istituti penitenziari per la salvaguardia del principio di legalità nella esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza »¹⁸.

La tipologia dei suoi interventi in tema di esecuzione delle pene detentive era genericamente accennata nell'abrogato art. 144 c.p., intitolato « Vigilanza sull'esecuzione delle pene ». La disposizione indicava, seppure in via esemplificativa, le tre diverse funzioni attribuite in materia al giudice di sorveglianza: ossia ispettive (o di sorveglianza in senso stretto), deliberative e consultive. Per una puntuale individuazione delle funzioni *de quibus*, però, bisognava rifarsi direttamente all'allora vigente regolamento penitenziario (art. 4 ss.).

Con riferimento alla prima delle funzioni accennate, quella di sorveglianza, avente carattere generale, la normativa di riferimento prevedeva visite bimestrali da parte del giudice *de quo* agli stabilimenti penitenziari compresi nella circoscrizione di competenza, onde verificare il rispetto, al loro interno, delle disposizioni delle leggi e dei regolamenti (art. 144 comma 1 c.p. 1930; 4 comma 1 e 6 comma 2 reg. penit. 1931). Delle ispezioni effettuate, codesto giudice redigeva apposita relazione da trasmettere al Ministro di grazia e giustizia, onde informarlo sulle eventuali manchevolezze riscontrate nel corso delle sue visite (art. 4 comma 1 reg. penit. 1931) e su

¹⁸ Alla lettera, G. VELOTTI, *Appunti sul giudice di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 1971, p. 403. Sulla figura del giudice di sorveglianza, cfr. anche G. GUARNIERI, voce *Giudice di sorveglianza*, in *Nss. D. I.*, VII, 1961, p. 873 ss.; G. TARTAGLIONE, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 1972, p. 173 ss.

ogni altro accertamento compiuto, sia d'ufficio che su istanza dei detenuti (art. 6 comma 2 reg. penit. 1931)¹⁹.

Quanto poi alla funzione consultiva, di carattere specifico, essa era esercitata attraverso i pareri che l'organo di sorveglianza era tenuto a dare sull'ammissione del detenuto condannato alla liberazione condizionale (art. 144 c.p. 1930; art. 4 comma 3 lett. *a*, 19 e 129 reg. penit. 1931)²⁰, sulla proposta del consiglio di disciplina per la concessione della grazia (art. 4 comma 3 lett. *b* e 201 reg. penit. 1931), nonché, infine, sui regolamenti interni degli istituti, proposti dai direttori ed approvati dal Ministro di grazia e giustizia (art. 323 reg. penit. 1931).

Rimane da dire, infine, sulla funzione deliberativa, senz'altro la più importante tra quelle attribuite al detto giudice. Per l'individuazione dei casi in cui essa era richiesta, oltre a quanto disposto dall'art. 144 c.p., sull'ammissione al lavoro all'aperto, si doveva fare riferimento all'art. 4 comma 2 reg. penit. del 1931, laddove era previsto che il giudice di sorveglianza deliberasse direttamente su tutta una serie di reclami proposti dal condannato e diretti ad ottenere la

¹⁹ In proposito, cfr. ancora G. VELOTTI, *Appunti sul giudice di sorveglianza*, cit., p. 410, il quale sottolineava come, secondo le intenzioni del legislatore, queste visite, lungi dal risolversi in semplici ispezioni amministrative, dovessero, piuttosto, rappresentare il mezzo col quale il giudice, prendendo contatto col detenuto, ne esaminava e studiava la personalità ai fini del riadattamento sociale.

²⁰ La concessione del beneficio *de quo* era demandata al Ministro di grazia e giustizia (art. 43 r.d. 28 maggio 1931 n. 602, contenente le disp. att. c.p.p. 1930), mentre la revoca era di competenza del giudice dell'esecuzione (art. 590 comma 2 n. 2 c.p.p. 1930).

modificazione, nel corso dell'esecuzione della pena, della condizione o del trattamento dello stesso (lett. *a, b, c, d, e, f, g, h, i*) e alla tutela dei suoi diritti soggettivi (lett. *e, l, m*), il cui ambito risultava, in questo modo, sottratto alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria.

L'altro settore di competenza del giudice *de quo* era quello delle misure di sicurezza: a tal proposito, si deve precisare come l'introduzione della figura del giudice di sorveglianza nel sistema penale-sanzionatorio fosse stata voluta dal legislatore proprio con riferimento specifico alle predette misure. In relazione a queste ultime, infatti, il giudice di sorveglianza aveva il precipuo compito di sovrintenderne l'applicazione e la successiva esecuzione, in considerazione, soprattutto, del suo diretto e costante contatto con la realtà carceraria: ciò che gli consentiva, infatti, di eseguire un'analisi approfondita della personalità dell'internando.

Le competenze in materia si sostanziavano, anzitutto, nella vigilanza sull'esecuzione delle misure *de quibus*, anche in questo caso attraverso visite "frequenti" agli stabilimenti e con il conseguente obbligo di riferire al Ministro di grazia e giustizia eventuali rilievi e proposte (art. 263 n. 1 reg. penit. 1931); ma il regolamento penitenziario non mancava di prevedere anche talune importanti funzioni deliberative, molto più pregnanti e ampie rispetto a quelle riconosciute al medesimo organo in tema di esecuzione delle pene detentive e concernenti, tra le altre ipotesi, l'ammissione al lavoro all'aperto, i reclami relativi al riparto della remunerazione del lavoro e alle spese di mantenimento; i trasferimenti degli internati nelle colonie e nelle case di lavoro presso le case di rigore e quelli degli internati nei riformatori giudiziari presso i riformatori speciali; il ricovero nei manicomi giudiziari e nelle case di cura e custodia delle persone colpite da

infermità psichica; nonché la sospensione della liberazione degli internati (art. 263 n. 3 reg. penit. 1931).

A sua volta, il codice di rito affidava al medesimo giudice il compito di provvedere, fuori dell'istruzione e del giudizio, all'applicazione, alla modificazione, alla sostituzione e alla revoca delle misure di sicurezza (art. 635 c.p.p. 1930), esclusa la confisca, unica ipotesi, questa, in materia di misure di sicurezza, di spettanza del giudice dell'esecuzione (art. 655 c.p.p. 1930)²¹.

Il giudice di sorveglianza, al contrario di quello competente sulle questioni relative al titolo esecutivo, tuttavia, non vantava compiti di natura giurisdizionale, nemmeno nell'esercizio delle sue funzioni deliberative. Si trattava, anche in questo caso, di « funzion[i] amministrativ[e], che soltanto per ragioni di maggior garanzia [erano] affidate al giudice »²². Basti soltanto ricordare, per comprendere la reale portata dei suoi interventi decisori, come il giudice *de quo* deliberasse sui reclami dei detenuti in assenza di garanzie difensive, mediante i c.d. “ordini di servizio” (art. 6 reg. penit. 1931; 585 c.p.p. 1930). Tali provvedimenti, invero, oltre a non essere di regola impugnabili, non possedevano neanche carattere giuridicamente cogente nei confronti dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad eseguirli; al più, il giudice poteva informare il Ministro di grazia e giustizia della mancata esecuzione del provvedimento. Laddove ammesso, il reclamo doveva essere presentato

²¹ Sulla natura del “processo di sicurezza” di cui agli art. 636 e 637 c.p.p. 1930, cfr., per tutti, F. DELFINO, *Amministrazione e diritto di difesa*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, Milano, 1972, p. 677 ss. e gli autori *ivi* richiamati.

²² Così si legge nella Relazione ministeriale al re sul prog. prel. c.p.p. 1930.

dall'interessato entro cinque giorni dalla ricevuta comunicazione del provvedimento impugnato. Pervenuto il reclamo al direttore del carcere, questi esprimeva parere sullo stesso e quindi lo trasmetteva al giudice di sorveglianza, che assumeva *de plano* il provvedimento del caso (art. 5 reg. penit. 1931).

3. – Segue: la parentesi giurisdizionale del procedimento per gli incidenti di esecuzione. – Il “procedimento incidentale d’esecuzione”²³ – come già rilevato – era un rimedio giurisdizionale di carattere generale, avente ad oggetto ogni eventuale controversia su diritti, insorgente nel corso ovvero a causa dell’esecuzione

²³ Propone questa terminologia G. CATELANI, *Incidente di esecuzione*, cit., p. 334-335, per il quale « appare sicuramente più idonea a delineare compiutamente l’istituto, perché mentre l’incidente di esecuzione di per sé parrebbe riferirsi a un ostacolo insorto nel corso dell’esecuzione ed alla necessità di eliminarlo con un provvedimento giurisdizionale [...], il procedimento incidentale chiarisce già attraverso la semplice interpretazione etimologica della locuzione che si tratta di un procedimento su una questione che ‘incide’ sullo svolgimento del processo, donde la sua rilevanza e il carattere di istituto di carattere generale ».

Sulla procedura incidentale *de qua*, cfr. U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, cit., p. 73; G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 481 ss.; A. SANTORO, *L’esecuzione penale*, cit., p. 377 ss.; G. CATELANI, voce *Incidente di esecuzione*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 331 ss.; E. D’ANGELO - A. SCAGLIONE, *Gli incidenti di esecuzione nel processo penale, una ricostruzione attraverso la giurisprudenza*, Milano, 1981, p. 335 ss.; G. GIANZI, *L’incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 155 ss.; ID., *Incidente di esecuzione*, cit., p. 6 ss.

di un provvedimento del giudice²⁴. In sostanza, con l'incidente d'esecuzione « risorge[va] un vero e proprio procedimento di cognizione e di accertamento che si attua[va] nelle particolari forme che trova[va]no la regolamentazione negli art. 628 ss. c.p.p [1930] »²⁵.

Tale procedura si svolgeva in camera di consiglio e iniziava a seguito di richiesta del p.m. o ad istanza dell'interessato (art. 630 comma 1 c.p.p. 1930)²⁶. Non era, invece, configurabile l'iniziativa d'ufficio da parte dell'organo giurisdizionale, tranne che nei casi in cui la legge lo disponesse espressamente (art. 628 comma 2 c.p.p. 1930)²⁷. Peraltro, secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, il giudice dell'esecuzione, una volta

²⁴ Sull'ambito d'operatività dell'incidente d'esecuzione, cfr., per tutti, G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 51 ss.

²⁵ Così, ancora G. GIANZI, voce *Incidente di esecuzione*, cit., p. 7 e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

²⁶ Sui dubbi interpretativi manifestatisi circa il significato da attribuire al termine "interessato", cfr., in dottrina, sempre G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 163, per il quale la qualifica predetta spettava a « chi [avesse] un interesse giuridico (e non un mero interesse di fatto) a quella modificazione del regime dell'esecuzione che [era] alla base dell'istanza incidentale ». Secondo l'A., pertanto poteva promuovere detto procedimento anche il terzo estraneo al rapporto processuale, al quale fosse però derivato un danno patrimoniale « direttamente collegato a quella situazione determinatasi con il giudicato e che l'incidente tendeva a rimuovere »; v. anche E. D'ANGELO - A. SCAGLIONE, *Gli incidenti di esecuzione nel processo penale, una ricostruzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 335 ss.

²⁷ Si allude alle ipotesi d'incidente avanti al pretore, dal momento che presso detto giudice non era istituito un ufficio del p.m. Sul punto, cfr. Cass., 21 maggio 1958, Catalano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 1318.

adito, mediante richiesta del p.m. o istanza di parte, non trovava alcun vincolo nelle ragioni per le quali era stato proposto l'incidente, potendo conseguentemente esaminare *ex officio* la stessa validità del titolo esecutivo²⁸.

Nella fase preliminare, il presidente del collegio (o, eventualmente, il pretore) fissava, con decreto²⁹, il giorno della deliberazione, di cui faceva dare avviso (a cura del cancelliere) al p.m., all'interessato che avesse proposto l'incidente nonché agli altri eventuali interessati, nel termine di cinque giorni (art. 630 comma 1 c.p.p. 1930). Tali incombenze, previste a pena di nullità (art. 630 comma 3 c.p.p. 1930), erano funzionali a un'effettiva realizzazione del contraddittorio, peraltro di natura prevalentemente cartolare.

Nel silenzio della legge, si era molto discusso della necessità o meno di riconoscere al difensore il diritto a ricevere la notifica dell'avviso del giorno fissato per la deliberazione. Parte della dottrina, e la giurisprudenza prevalente, ritenevano che non fosse dovuto al legale l'avviso *de quo*³⁰, anche se non mancavano prese di posizione tese a riconoscere come un tale diritto « consegu[isse] dalla stessa considerazione delle funzioni del

²⁸ In proposito, Cass., sez. III, 15 gennaio 1958, Misturelli, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 458.

²⁹ Tale decreto assumeva la veste di vero e proprio decreto di citazione (cfr., per tutte, Cass., sez. II, 18 novembre 1974, Montanari, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1975, p. 727).

³⁰ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1956, p. 745; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 400. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., sez. I, 6 dicembre 1974, Corigliano, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 90.

difensore nel procedimento »³¹. Altro *punctum dolens*, in materia di diritto di difesa, concerneva la nomina del difensore d'ufficio per l'interessato che fosse privo di un difensore di fiducia, assicurata, obbligatoriamente, solo nel caso d'ammissione al gratuito patrocinio³². La Corte costituzionale, intervenuta più volte sulla questione, in un primo momento aveva negato che la disposizione violasse l'art. 24 Cost., essendo l'assistenza del difensore in sede d'incidente d'esecuzione meramente facoltativa³³. In seguito, però, i giudici della Consulta ribaltavano il precedente indirizzo, riconoscendo, finalmente, che « il diritto di difesa, nell'ambito del processo penale, comprende[va] in sé, oltre la facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche ove egli non la esercit[asse], l'obbligo dello Stato di provvedere alla difesa di lui, con la nomina di un difensore »³⁴. Nella medesima sentenza, la Corte Costituzionale dichiarava, altresì, illegittima la norma di cui all'art. 630 comma 1 c.p.p. 1930 – per contrasto con l'articolo 24 comma 2 Cost. – anche nella parte in cui non prevedeva che il

³¹ Letteralmente, G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 169, secondo il quale « la notifica dell'avviso si pone[va] come presupposto per l'esercizio di diritti che al difensore indubbiamente competono ». Sul punto, cfr. anche Cass., sez. VI, 12 novembre 1975, Satinato, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1977, p. 184.

³² Cfr. Cass., sez. II, 29 marzo 1939, Ferretti, in *Giust. pen.*, IV, c. 376; Cass., sez. I, 13 giugno 1957, Piccola, *ivi*, III, p. 594.

³³ Cfr. Corte cost., sent. 27 maggio 1962 n. 29, in *Giur. cost.*, 1962, p. 225 ss., con nota di G. GIANZI.

³⁴ Così, Corte cost., sent. 18 maggio 1970 n. 69, in *Giur. cost.*, 1970, p. 973 ss., con nota di M. CHIAVARIO; inoltre, v. G. GIANZI, *Incidente di esecuzione*, cit., p. 13.

suddetto avviso del giorno fissato per la deliberazione sull'incidente andasse notificato anche al difensore dell'interessato.

Apertasi l'udienza camerale, quindi, l'istante e gli altri eventuali interessati, anche per il tramite dei rispettivi difensori appositamente nominati per il procedimento *de quo* – non avendo, infatti, rilievo alcuno la precedente nomina del difensore per la fase della cognizione³⁵ – potevano chiedere anche di essere sentiti personalmente, oltre che presentare memorie scritte (art. 630 comma 2 c.p.p. 1930). A tal proposito, la giurisprudenza riteneva che l'interessato dovesse essere sentito, a pena di nullità, soltanto ove ne avesse fatto esplicita richiesta³⁶. Peraltro, a seguito di un altro intervento della Corte costituzionale³⁷ – chiamata qui a pronunciarsi su una questione di legittimità

³⁵ Cfr. Cass., sez. II, 19 dicembre 1935, Costanzo, in *Riv. pen.*, 1937, p. 75, ad avviso della quale « l'avvocato, che [aveva] assistito come difensore l'imputato nel procedimento di cognizione, non conserva[va] tale qualità nel procedimento per incidente di esecuzione senza una nuova nomina »; *contra, ex plurimis*, v. Cass., sez. II, 3 aprile 1951, Forti, in *Giust. pen.*, 1951, III, c. 354.

³⁶ Cfr. Cass., sez. I, 12 ottobre 1964, Abeni, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1965, p. 1914; Cass., sez. II, 19 maggio 1961, Gaeta, *ivi*, 1962, p. 90. In questo senso, in dottrina, G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 170; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 399, per il quale, « nella procedura esecutiva, non si richiamano le disposizioni sulla contumacia, che valgono esclusivamente per il giudizio e non per il procedimento che si svolge in camera di consiglio ». *Contra*, a sostegno, dunque, dell'applicabilità delle disposizioni in tema di contumacia, v. G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 540.

³⁷ Si tratta di Corte cost., sent. 20 maggio 1982 n. 98, in *Foro it.*, 1982, c. 1942.

costituzionale dell'art. 630 comma 2 c.p.p. 1930, in riferimento all'art. 24 comma 2 Cost. –, il giudice dell'esecuzione era ormai tenuto a sospendere o a rinviare la trattazione qualora l'interessato imputato o condannato, che avesse fatto domanda di essere sentito personalmente, non fosse comparso per legittimo impedimento, adeguatamente documentato³⁸: « solo in tal modo si consent[iva] l'esplicazione efficace del diritto di autodifesa da parte dell'imputato o condannato, che d[oveva] avere la possibilità di rappresentare le proprie ragioni direttamente al giudice dell'esecuzione, al quale spetta[va] di decidere questioni la cui soluzione determina[va] immediate, gravi conseguenze sulla sua libertà personale »³⁹.

Quanto, poi, al p.m., questi aveva l'onere di presentare requisitorie scritte (art. 630 comma 2 c.p.p. 1930), delle quali era consentito, agli interessati, di prendere visione per eventuali controdeduzioni, ma nessun obbligo era imposto all'organo dell'esecuzione di essere presente in udienza. In giurisprudenza, tuttavia, si sosteneva che la presentazione delle requisitorie suddette non escludesse l'obbligo di partecipazione personale del

³⁸ Antecedentemente a quest'ultima sentenza costituzionale, infatti, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità prevalente era nel senso della non rilevanza del legittimo impedimento dell'interessato. In merito, cfr. Cass., sez. VI, 9 aprile 1969, Buonamici, in *Giust. pen.*, 1970, III, c. 32; Cass., sez. II, 23 giugno 1965, Ferrari, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1967, p. 428; in dottrina, A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 339; U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, cit., p. 233; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 540.

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. 20 maggio 1982 n. 98, cit., p. 1942.

p.m., non potendo altrimenti ritenersi attuabile un contraddittorio effettivo in assenza di una delle parti⁴⁰.

Il procedimento, quindi, entrava nel vivo con l'esplicazione delle eventuali attività istruttorie, che, in ogni caso – coerentemente con lo spirito inquisitorio che pervadeva l'intero sistema processuale-penale dell'epoca – si esplicavano al di fuori di qualsiasi apporto probatorio delle parti. Era previsto, ad esempio, l'interrogatorio dell'interessato che ne avesse fatto previa richiesta e fosse presente in udienza. Diversamente, colui che fosse detenuto in luogo diverso da quello in cui risiedeva il giudice dell'esecuzione, era sentito, previa richiesta, dal giudice di sorveglianza (o dal pretore) del luogo appositamente delegato (art. 630 comma 2 c.p.p. 1930). A tal proposito, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 630 comma 2 c.p.p. 1930 – per contrasto con gli articoli 3 e 24 Cost., laddove la predetta norma non prevedeva che l'interessato fosse ascoltato dal giudice dell'incidente – non aveva rilevato alcuna violazione. La Consulta aveva ritenuto di negare, infatti, che la diversità di trattamento fra interessati detenuti in ragione del diverso luogo di detenzione costituisse una violazione del diritto di difesa, poiché l'interessato “esterno” poteva comunque tutelare i propri diritti davanti al giudice del luogo di detenzione oppure presentando memorie scritte o, ancora, facendosi rappresentare dal difensore. Il Giudice delle leggi aveva escluso, inoltre, l'ipotesi di una lesione del principio di eguaglianza – sotto il profilo della parità di trattamento tra

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. II, 18 ottobre 1958, Franchin, in *Giust. pen.*, 1959, III, c. 167; Cass., sez. I, 10 giugno 1964, Profumo e altri, *ivi*, 1965, III, p. 396.

detenuti e non detenuti – sulla base delle prevalenti esigenze di sicurezza e di organizzazione, « suscettibili di essere pregiudicate da trasferimenti di soggetti in stato di detenzione, rispetto all'irrelevanza del beneficio di cui godrebbe il detenuto in seguito alla comparizione in udienza »⁴¹. Nel caso in cui risultasse necessario, era sempre possibile l'acquisizione di documenti ed informazioni direttamente da parte giudice, il quale poteva, a tale scopo, rivolgersi d'ufficio alle competenti autorità (art. 630 comma 4 c.p.p. 1930)⁴².

Seguiva la fase decisoria. Non risultando da alcuna disposizione che la pronuncia dovesse essere resa in udienza, immediatamente dopo la conclusione della trattazione e alla presenza delle parti, il giudice poteva emetterla anche in un secondo momento, ove si fosse resa necessaria una valutazione più attenta degli atti del procedimento⁴³.

Una volta emessa, l'ordinanza conclusiva doveva essere comunicata al p.m. e notificata per estratto agli interessati – ai quali, in precedenza, era già stato notificato

⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. 22 gennaio 1970 n. 5, in *Giur. cost.*, 1970, p. 48, con nota di V. GREVI; conf. Corte cost., ord. 29 dicembre 1972 n. 208, *ivi*, 1972, p. 2264-2265. In dottrina, per una critica alla norma sul punto, v. G. GIANZI, *Incidente di esecuzione*, cit., p. 14.

⁴² Nel qual caso, però, non valevano le norme relative all'introduzione e all'assunzione dettate per il giudizio; mentre, anche se solo in parte, si ritenevano applicabili estensivamente alcune delle norme sull'istruzione formale (art. 630 comma 5 c.p.p.). In merito, cfr. G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 177; nonché V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 945.

⁴³ Cfr. Cass., sez. II, 20 marzo 1964, Civale, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1964, p. 1967.

l'avviso della data della deliberazione – nel termine, ritenuto ordinatorio dalla giurisprudenza⁴⁴, di otto giorni (art. 631 comma 1 c.p.p. 1930). Oltretutto, dopo la sentenza costituzionale n. 69 del 1970, la notifica per estratto dell'ordinanza conclusiva era da considerarsi come dovuta anche al difensore⁴⁵. Tali ultime incombenze presupponevano l'avvenuto deposito in cancelleria dell'originale dell'ordinanza, onde consentire agli stessi interessati di prenderne integrale visione.

Dalla notifica (e dalla comunicazione) dell'ordinanza decorreva, infine, il termine per impugnare. Era previsto, quale unico rimedio, il ricorso per cassazione, che si svolgeva, così come l'incidente, in camera di consiglio (art. 631 c.p.p. 1930). Legittimati a proporlo erano il p.m. e gli altri interessati destinatari dell'avviso di fissazione del giorno della deliberazione. Non figurava, invece, tra i titolari dello *ius impugnandi*, il difensore. Sia in dottrina che in giurisprudenza, si era molto discusso circa la configurabilità o meno, in capo a quest'ultimo, del diritto di proporre la relativa impugnazione. Da un lato, si era sostenuto, in base a un'interpretazione restrittiva dell'art.

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. I, 11 gennaio 1978, Ciancia, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1979, p. 223.

⁴⁵ In giurisprudenza, in senso affermativo, già prima del suddetto intervento della Corte costituzionale, cfr. Cass., sez. II, 3 aprile 1951, Forti, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 574 ss.; Cass. sez. III, 9 marzo 1965, Cambria, in *Giust. pen.*, 1965, III, c. 460; Cass., sez. II, 29 settembre 1964, Lalli, *ivi*, 1965, III, c. 176. In dottrina, sulla stessa scia G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 177; *contra*, invece, G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 42, per il quale spettava al difensore il solo avviso di deposito del provvedimento; anche V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 745.

631 c.p.p. 1930, che il ricorso per cassazione proposto dal difensore dovesse considerarsi inammissibile, posto che il diritto di ricorrere avverso l'ordinanza era attribuito *per tabulas* soltanto al p.m. e ai destinatari dell'avviso *ex art. 630 comma 1 c.p.p.*, tra i quali – come già accennato – non figurava il legale dell'interessato⁴⁶. Dall'altro, secondo, invece, una lettura della norma suddetta in combinato con le disposizioni di carattere generale di cui agli art. 190 ss. c.p.p. 1930, era stata avallata l'opposta soluzione, volta a riconoscere il diritto ad impugnare del difensore, cui dovevano riconoscersi « quei diritti che in via generale [gli] sono attribuiti dal legislatore [...] in tema d'impugnazione »⁴⁷. La questione doveva ritenersi risolta definitivamente, in senso affermativo, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, la quale, con la sopracitata sentenza n. 69 del 1970, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 comma 1 c.p.p. 1930, nella parte in cui non prevedeva che l'avviso del giorno della deliberazione sull'incidente andasse notificato anche al difensore dell'interessato.

⁴⁶ Cfr., in dottrina, G. DE FENU, *L'ordinanza emessa in sede di incidenti di esecuzione e i poteri del difensore*, in *Giust. pen.*, 1964, III, c. 200. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass., sez. II, 29 settembre 1964, Lalli, cit., c. 176.

⁴⁷ Così G. GIANZI, *Incidente di esecuzione*, cit., p. 16; ID., *L'incidente nella esecuzione penale*, cit., p. 176; ID., *La legittimazione del difensore ad impugnare l'ordinanza che decide l'incidente di esecuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1048 ss.; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 401. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. II, 12 dicembre 1952, Rossi, in *Giust. pen.*, 1953, III, c. 347; Cass., sez. IV, 14 aprile 1970, Merlo, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1971, p. 844; Cass., sez. un., 22 marzo 1969, Finigliulo, 1969, *ivi*, p. 430.

La proposizione del ricorso non sospendeva l'esecuzione dell'ordinanza, ma il giudice che aveva emesso il provvedimento poteva sospenderla con proprio decreto (art. 631 comma 3 c.p.p. 1930).

4. Metamorfosi dell'esecuzione penale: dalla Costituzione alla legge di riforma penitenziaria. – Il quadro storico-sistematico delineato finora è sufficiente a dimostrare come, nel vigore del codice di procedura penale del 1930 – se si eccettuano gli interventi giurisdizionali, in via incidentale, ad opera del giudice dell'esecuzione, peraltro solo eventuali –, le sorti della fase *post rem iudicatam* fossero, sostanzialmente, nelle mani dell'apparato burocratico statale.

Simile concezione dell'esecuzione penale è destinata, però, ad essere superata con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948, la cui imperatività rende, fin da subito, impellente, nel nostro ordinamento, la necessità di un adeguamento della disciplina relativa all'esecuzione della pena ai principi in essa contenuti. Anzitutto, al principio della “riserva costituzionale di giurisdizione” (oltre che di legge), introdotta dall'art. 13 Cost., in materia di libertà personale, in ossequio alla quale, un soggetto, in nessun caso, può essere « privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni »⁴⁸. Esso,

⁴⁸ Testualmente, Corte cost., sent. 3 luglio 1956 n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, p. 612 ss.; v. anche Corte cost. 29 maggio 1968 n. 53, *ivi*, 1968, p. 802 ss., con nota di O. DOMINIONI e P. CARETTI;

cioè, vincola il legislatore ordinario all'apprestamento di un *minimum* indefettibile di garanzie giurisdizionali a presidio del corretto svolgimento delle procedure che investono il diritto di libertà dell'individuo, applicabili a prescindere sia dal momento, all'interno dell'*iter* procedimentale, in cui sono assunte le decisioni incidenti sul predetto diritto sia dal contenuto di queste. Cosicché, anche l'esecuzione penale, limitando la libertà personale, deve oramai conformarsi ai canoni obiettivi della giurisdizione⁴⁹.

nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 1272 ss., con nota di V. GREVI.

⁴⁹ Sull'operatività dell'art. 13 Cost., anche dopo la fase processuale, cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1974 n. 110, in *Giur. it.*, 1974, p. 779; Corte cost., sent. 4 luglio 1974 n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1707 ss.; Corte cost., sent. 6 agosto 1979 n. 114, *ivi*, 1979, p. 803 ss.; Corte cost., sent. 28 luglio 1993 n. 349, *ivi*, 1993, p. 2740 ss., laddove si esplicita che « la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta ». Cfr., in dottrina, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 8 ss.; A. CERRI, voce *Libertà personale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1991, p. 10; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 35 ss.; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 27 ss.; G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1362 ss.; A. PENNISI, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 85 ss.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in

E con specifico riguardo alle funzioni della pena, il riferimento è all'accoglimento del principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 3 Cost., per il quale « le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato »⁵⁰. Sotto quest'ultimo specifico profilo, la norma costituzionale impone di non considerare più la pena nella logica meramente retributivo-custodialistica tipica del regolamento carcerario del 1931⁵¹: in virtù del finalismo rieducativo che la connota, essa non è più destinata all'integrale e indefettibile espiazione, anzi può e deve essere costantemente adeguata dal giudice, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, ai progressi raggiunti dal condannato nel suo percorso risocializzativo.

Trattato di procedura penale, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009, p. 8 ss.

⁵⁰ Alle medesime conclusioni si perviene sul fronte delle misure di sicurezza: le pronunce d'illegittimità, che hanno investito le presunzioni legali di pericolosità e i limiti minimi di durata imposti dalla legge per le suddette misure, evidenziano l'esigenza del loro costante adeguamento nel corso dell'esecuzione (cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1974 n. 110, cit.).

⁵¹ La Corte costituzionale ha avuto modo, in seguito, di precisare come alla pena debba riconoscersi natura polifunzionale, in quanto essa abbraccia, dal punto di vista teleologico, oltre alla rieducazione, tanto la prevenzione generale quanto quella speciale (cfr. Corte cost., sent. 7 luglio 1980 n. 107, in *Giust. pen.*, 1980, I, c. 289). In dottrina, *ex multis*, cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 310 ss. Fermo restando che la pena è un *quid compositum*, la sua componente rieducativa – scrive l'Autore – « forma la base dell'intero sistema penitenziario e dovrà continuare ad essere il punto di partenza d'ogni riforma futura »; *Id.*, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 459 ss.

Ne discende che, nella nuova dimensione assunta dall'esecuzione penale con l'entrata in vigore della Carta fondamentale, « ogni qual volta [...] matur[i]no i presupposti per un mutamento sia in senso migliorativo che peggiorativo dello *status libertatis* del condannato o dell'internato, si presenta, costituzionalmente imprescindibile, l'esigenza di giurisdizionalità »⁵², ovverosia il doveroso riconoscimento, anche in *executivis*, della presenza del giudice, in funzione di controllo (art. 102 Cost.); del diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost.); nonché della previsione della motivazione e della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti emessi in materia di libertà personale (art. 111 commi 6 e 7 Cost).

In mancanza di un sollecito intervento riformatore da parte del legislatore ordinario, fu dapprima la Corte costituzionale, soprattutto a partire dagli anni settanta, a dare inizio al graduale e sostanziale adeguamento di

⁵² *Ad litteram*, G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, cit., p. 1366; cfr. anche E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 199 ss.; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 29; A. PRESUTTI, *Esecuzione penale*, cit., p. 1 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, fra le tante, si veda Corte cost., sent. 29 maggio 1968 n. 53, cit., la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli 636 e 637 c.p.p. 1930, nella parte in cui consentivano che i provvedimenti del giudice di sorveglianza in materia di misure di sicurezza potessero essere adottati senza tutela del diritto di difesa, sottolineava il preminente valore dell'interesse supremo della libertà personale (amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale un tale interesse viene in questione davanti ad un giudice – affermava la Corte – spetta sempre al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa).

singoli settori della *subiecta materia* ai canoni costituzionali. Da un lato, il rito per gli incidenti d'esecuzione di cui all'art. 630 ss. c.p.p. 1930 – come si è avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo – venne fatto oggetto di importanti pronunce da parte della Consulta, tese a rafforzare soprattutto il diritto di difesa, sia tecnica che materiale, del soggetto interessato dal procedimento⁵³. Dall'altro, sul fronte strettamente penitenziario, il Giudice delle leggi si trovò a emettere la sua decisione certamente più importante di quegli anni. Con la paradigmatica sentenza n. 204 del 1974, infatti, i giudici costituzionali – nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 43 disp. att. c.p.p. 1930, che attribuiva al Ministro di grazia e giustizia la facoltà di concedere, con decreto, la liberazione condizionale – si espressero emblematicamente in favore della giurisdizionalizzazione dell'istituto, riconoscendo in capo al condannato il generale diritto ad un riesame circa la necessità di protrarre la realizzazione della pretesa punitiva, « al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo ». Secondo la Corte, tale diritto « deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale »⁵⁴.

⁵³ Sulla portata dei singoli interventi di “ortopedia giurisdizionale” della Corte costituzionale in tema d'incidente d'esecuzione, v., *retro*, § 3.

⁵⁴ Così, Corte cost., sent. 4 luglio 1974 n. 204, cit., p. 1707 ss. Sui contenuti di tale decisione, v. E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6; incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, p. 569; G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3523.

La decisione *de qua*, nella sua dirimpente portata, rappresentò la prima, significativa breccia nel principio dell'intangibilità del giudicato: essa, infatti, decretava «l'impossibilità di mantenere in vigore una regolamentazione dell'esecuzione penale in concreto che si basasse sul principio della inderogabilità della attuazione integrale della pena»⁵⁵, indirettamente aprendo, per la prima volta, alla flessibilità dell'esecuzione penale.

Di lì a poco – come si avrà modo di apprezzare – la cristallizzazione del principio rieducativo, quale fine precipuo della pena, avvenuta da principio sul piano della normativa e della giurisprudenza costituzionali⁵⁶, troverà conferma anche a livello di legislazione ordinaria⁵⁷. Sotto l'impulso delle indicazioni contenute nella predetta sentenza costituzionale del 1974, come anche nella prima legge-delega c.p.p. del 1974⁵⁸ e negli atti internazionali dell'ONU⁵⁹ e del Consiglio d'Europa in materia⁶⁰, infatti,

⁵⁵ Così F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 293.

⁵⁶ Sui successivi interventi costituzionali a sostegno della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione, cfr. F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale e il progressivo "traghettamento" dell'esecuzione penale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, p. 804 ss.

⁵⁷ Cfr. M. BUONAMANO, *La riforma penitenziaria al Parlamento, Osservazioni e indicazioni*, in *Rass. st. penit.*, 1973, p. 173 ss.

⁵⁸ ... per la cui analisi v., *infra*, § 5.

⁵⁹ Si allude alle "Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners" approvato dal I Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del delitto ed il trattamento dei delinquenti (1955).

⁶⁰ Cfr. Le "Regole minime per il trattamento dei detenuti" dettate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 5 del 1973 (revisionate nel 1987, con il titolo di

il legislatore varò, l'anno seguente, la riforma penitenziaria⁶¹. L'atto legislativo andò a sostituire definitivamente il regolamento carcerario del 1931⁶²,

“*Regole penitenziarie europee*”; a tal proposito, si rimanda a *Le regole penitenziarie europee*, a cura di P. Comucci - A. Presutti, Milano, 1989); v., altresì, le *Nuove regole penitenziarie europee*, approvate più di recente (11 gennaio 2006) dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la raccomandazione R (2006) 2.

⁶¹ ... ossia la l. 26 luglio 1975 n. 354, intitolata “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”. Ad essa si accompagna il d.p.r. 29 aprile 1976 n. 431, “Regolamento di esecuzione” (oggi sostituito dal d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230). Per un approfondimento sui contenuti della legge, v. S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 919 ss.; M. CANEPA - E. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit.; G. DI GENNARO - R. BREDA - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997; V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011; G. NESPOLI, *Ciò che resta dello stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, I, c. 255.

⁶² L'ordinamento penitenziario respinge l'idea di pena come totale assoggettamento del detenuto all'amministrazione penitenziaria, riconoscendo allo stesso la titolarità dei diritti che non siano incompatibili con lo *status detentionis*. L'art. 1 comma 1 ord. penit. dispone che « non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari » (cfr. art. 5 della Risoluzione ONU 30 agosto del 1955). Purtroppo il principio, che dovrebbe permeare di sé l'intera disciplina penitenziaria, si risolve, nella prassi, in una mera enunciazione. Sul punto, *ex multis*, cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 238 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 26 ss.

inaugurando, all'interno del nuovo sistema penitenziario, una serie di strumenti di carattere sia sostanziale che processuale, volta a dare concreta attuazione al finalismo rieducativo di matrice costituzionale, unitamente a una più pronta ed effettiva tutela dei diritti soggettivi dei detenuti⁶³. Per rendere concreta l'opportunità della

⁶³ In vero, si tratta di un'attuazione soltanto parziale. Manca, nella legge, una puntuale descrizione dei diritti fruibili da parte del detenuto, così come risultano carenti, ancora oggi, le garanzie processuali poste a presidio degli stessi. La previsione di un procedimento "giurisdizionale" mediante il quale far valere le posizioni soggettive del detenuto/internato risale alla mini-riforma del 1986 (l. n. 663), che introdusse l'articolo 14-*ter* ord. penit., in materia di reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* ord. penit.). Al di fuori di tale ipotesi e di quella di cui all'articolo 69 ord. penit. che, per i reclami in materia di lavoro e disciplina, richiamava, espressamente, la procedura di cui al suddetto articolo 14-*ter* ord. penit., l'interessato poteva agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soltanto attraverso la procedura non giurisdizionalizzata ex art. 35 ord. penit., all'esito della quale la decisione del magistrato era presa *de plano*, senza alcuna formalità processuale e in assenza di garanzie difensive per l'interessato; oltretutto, la decisione era priva di effetti nei confronti dell'amministrazione penitenziaria e non era soggetta a impugnazione. A partire dalla prima metà degli anni novanta si registrano, tuttavia, alcuni interventi della giurisprudenza costituzionale (in particolare, v. sent. n. 53, 349, 410 del 1993, 227 del 1995, 351 del 1996, 376 del 1997, 26 del 1999, 266 del 2009, 190 del 2010) e di legittimità (Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2961 ss.; *ivi*, 2004, p. 1362, con nota di R. MURA) nonché dello stesso legislatore (l. n. 279 del 2002 e n. 95 del 2004), che si sostanziano in una importante opera di giurisdizionalizzazione in materia di reclamo, sebbene essa sia ancora in attesa di essere completata mediante un adeguato intervento legislativo. In merito, cfr., per tutti, M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza*

rieducazione, ai fini del reinserimento sociale dei condannati e degli internati, la suddetta legge ha dunque previsto degli istituti premiali – soprattutto, le misure alternative alla detenzione⁶⁴ – capaci di incidere, anche profondamente, sul contenuto originario della sanzione per determinarne una rimodulazione al passo con i progressi raggiunti dal condannato⁶⁵. In particolare, attraverso queste misure – le quali rappresentano l’elemento certamente più innovativo della riforma – è offerta al condannato la possibilità di scontare la pena, o anche solo parte di essa, fuori dal carcere.

Una tale configurazione della fase esecutiva, finalizzata all’individualizzazione del trattamento sanzionatorio ai fini della rieducazione, ha comportato, altresì, un processo di maturazione anche sul piano della disciplina strettamente processuale. Il legislatore ha individuato in un giudice specializzato, vale a dire la magistratura di sorveglianza⁶⁶, l’organo deputato

n. 26 del 1999?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 980 ss.; C. MINNELLA, *Le sezioni unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. st. penit.*, 2004, p. 137 ss.

⁶⁴ Originariamente, si trattava dell’affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.) e della semilibertà (artt. 48 e 52 ord. penit.).

⁶⁵ Al riguardo, cfr. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale, Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 127; F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 204 ss.; A. PRESUTTI, *Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, p. 25.

⁶⁶ La legge n. 354 del 1975 istituì l’ufficio di sorveglianza, comprendente, *ab origine*, il magistrato di sorveglianza e

all'esercizio della c.d. "giurisdizione rieducativa", assegnandogli il compito precipuo di adottare e, eventualmente, di modificare o revocare i provvedimenti relativi alle suddette misure alternative. Ciò, all'esito di una procedura giurisdizionale *ad hoc* (procedimento di sorveglianza), attraverso la quale l'organo giurisdizionale è chiamato a valutare la personalità e il comportamento del soggetto durante l'esecuzione della pena, nella prospettiva di un giudizio prognostico di rieducabilità⁶⁷. Al momento della sua introduzione, il rito di sorveglianza è caratterizzato, pur in assenza di un quadro normativo organico, secondo i principi giurisdizionali del contraddittorio, della difesa (tecnica e dell'autodifesa) e della ricorribilità per cassazione dei relativi provvedimenti decisori, per i quali vige l'obbligo di motivazione⁶⁸.

5. Il nuovo volto dell'esecuzione penale nella legge-delega c.p.p. del 1974 ... – L'accoglimento del modello giurisdizionale, quale garanzia oggettiva di contesto, che necessariamente deve caratterizzare lo svolgimento del procedimento penale nel suo complesso e, quindi, anche la fase *post rem iudicatam*, è rinvenibile anche nelle due leggi-delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, succedutesi tra il 1974 e il

l'omonima sezione. La successiva legge n. 663 del 1986 introdusse, in luogo di quest'ultima, il tribunale di sorveglianza.

⁶⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996, p. XII.

⁶⁸ Sui limiti della normativa *de qua*, cfr., in particolare, V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti del Convegno di Lecce, Milano, 1977, p. 101 ss.

1987, l'ultima delle quali ha finalmente guidato il legislatore delegato alla riforma processuale del 1988: il nuovo codice di rito segna, infatti, il definitivo abbandono dell'ideologia inquisitoria propria della codificazione previgente.

Con specifico riferimento all'esecuzione penale, la prima legge-delega, risalente al 1974, prevedeva una serie di direttive dalla forte carica innovativa: anzitutto, quella che richiedeva « la giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena e delle misure di sicurezza; garanzia del contraddittorio; effettivo giudizio sulla pericolosità; impugnabilità dei provvedimenti » (art. 2 n. 79); e, ancora, quelle concernenti 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 » (art. 2 n. 70); « l'obbligo di notificare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione » (art. 2 n. 78); nonché, infine, la « previsione del contraddittorio nel processo di riabilitazione; giudizio senza formalità e in camera di consiglio; acquisizione di ufficio della documentazione processuale » (art. 2 n. 82)⁶⁹. Nel loro complesso, tali direttive avrebbero dovuto conferire all'intervento del giudice *in executivis* il significato di un vero e proprio controllo di carattere giurisdizionale sulla sentenza irrevocabile di condanna e, più specificamente, sul suo

⁶⁹ Per una ricostruzione dell'*iter* della legge-delega *de qua*, cfr. G. CONSO, *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 3 ss.

contenuto sanzionatorio, in attuazione del principio rieducativo di fonte costituzionale.

Sulla base di siffatta legge-delega, nel 1978 veniva presentato, quindi, un progetto preliminare di codice di procedura penale⁷⁰. Per la sua stesura, la commissione ministeriale redigente, chiamata a tradurre in norme i *criteria* fissati nell'art. 2 legge-delega *de qua*, aveva potuto fare tesoro anche delle innovazioni nel frattempo apportate, sul piano procedurale, dalla riforma penitenziaria del 1975.

Nel disciplinare l'intera materia esecutiva, messo da parte il proposito di attribuire ogni competenza *post rem iudicatam* alla magistratura di sorveglianza – sulla scia della scelta fatta in questo senso dal nuovo ordinamento penitenziario –, la predetta commissione, causa « motivi di funzionalità pratica non disgiunt[i] dalla preoccupazione di introdurre disarmonie nel sistema »⁷¹, aveva optato, alla fine, per una ripartizione degli interventi tra quest'ultima e il giudice dell'esecuzione, pur attuandone un coordinamento nel rispetto della diversità delle rispettive materie. La magistratura di sorveglianza manteneva così l'ambito di competenza già riservatole dall'ordinamento penitenziario in materia di benefici penitenziari e di misure

⁷⁰ Per gli opportuni approfondimenti in merito, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 41 ss.; V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1978*, in AA. VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, cit., p. 138 ss.

⁷¹ Cfr. Relazione prog. prel. c.p.p. 1978, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, cit., p. 1368-1369.

di sicurezza⁷². Al giudice dell'esecuzione, più opportunamente, restava affidata la risoluzione delle questioni sul titolo esecutivo. Complessivamente, la normativa processuale sull'esecuzione penale veniva sistemata all'interno del Titolo II, dedicato alle attribuzioni degli organi giurisdizionali, del Libro XI, rubricato con il termine "Esecuzione". Il Titolo *de quo* si componeva, appunto, di due Capi concernenti, rispettivamente, il giudice dell'esecuzione (Capo I) e la magistratura di sorveglianza (Capo II).

Le innovazioni più importanti erano introdotte nell'ambito della giurisdizione esecutiva sul titolo. Viene in rilievo, in primo luogo, il trasferimento in capo al giudice dell'esecuzione della competenza, prima spettante al p.m. (o al pretore), a emettere determinati provvedimenti *de libertate*: la necessità di un tale ridimensionamento dei poteri dell'organo dell'accusa discendeva direttamente dalla direttiva n. 79, che – come visto – imponeva di giurisdizionalizzare i procedimenti esecutivi⁷³. Seguendo questa linea di tendenza, ferma in ogni caso la competenza del p.m. a promuovere d'ufficio l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza (art. 616 prog. prel. c.p.p. 1978), il progetto preliminare del

⁷² Si badi che le principali attribuzioni in punto di misure di sicurezza erano già state trasferite in capo alla magistratura di sorveglianza dagli art. 69 e 70 ord. penit. e dalla l. 12 gennaio 1977 n. 1.

⁷³ Da una prima lettura di tale direttiva era stata addirittura dedotta la necessità di eliminare in capo al p.m. ogni potere coercitivo della libertà personale *in executivis*. In proposito, cfr. Relazione prog. prel. c.p.p. 1978, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, cit., p. 1367 ss.

1978 attribuiva direttamente a questo giudice anche la competenza a provvedere al computo del presofferto e al cumulo delle pene.

In consonanza con la scelta fatta, a monte, dal legislatore delegante a favore della separazione dei processi e con la costruzione in senso accusatorio del nuovo rito penale, era prevista, inoltre, in capo al medesimo organo, anche una nuova competenza in materia di continuazione del reato, pur nel silenzio della stessa legge-delega. La fase dell'esecuzione era stata individuata, infatti, come « la sede più opportuna per recuperare l'operatività della continuazione »⁷⁴. L'art. 632 prog. prel. c.p.p. del 1978 stabiliva che, nell'ipotesi di più sentenze o decreti penali irrevocabili, pronunciati in provvedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato potesse richiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina di cui all'art. 81 comma 2 c.p., senza che, peraltro, una tale operazione potesse in alcun modo rimettere in discussione la valutazione operata dai giudici di cognizione che avevano emesso le singole sentenze di condanna⁷⁵.

Sul piano procedurale, poi, il progetto aveva potuto tenere conto delle innovazioni apportate nel frattempo

⁷⁴ Cfr. V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1978*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, cit., p. 141.

⁷⁵ In proposito, cfr. A. GAITO, *Reato continuato e cosa giudicata nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, a cura di M. Pisani, III, *Il nuovo processo penale, Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, p. 215; G. VARRASO, *Il reato continuato: tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 358-359.

anche dalla legge penitenziaria del 1975, che aveva introdotto nell'ordinamento il rito di sorveglianza (capo II-*bis* ord. penit.). Dando seguito alla predetta direttiva, là dove richiedeva, oltre che la giurisdizionalizzazione in generale, anche la garanzia del contraddittorio e l'impugnabilità dei provvedimenti, il progetto preliminare introduceva all'interno del tessuto codicistico – era la prima volta – « un nuovo unico rito per la giurisdizione esecutiva »⁷⁶ in senso lato (comprendente, dunque, quella rieducativa), ossia il procedimento d'esecuzione (art. 620 prog. prel. c.p.p. 1978).

Quanto alle forme, l'art. 620 prog. prel. c.p.p. 1978 si richiamava all'art. 127 stesso progetto, in tema di procedimento in camera di consiglio, pur prevedendo rispetto a quest'ultimo opportuni adattamenti in considerazione della specificità delle competenze del giudice operante in sede esecutiva. Ne derivava così una disciplina peculiare del procedimento in questione, in base alla quale, il giudice, nel fissare la data dell'udienza, ne faceva dare avviso alle parti, alle persone interessate e ai difensori, almeno cinque giorni prima della data predetta; inoltre, era prevista la nomina di un difensore d'ufficio nel caso in cui l'interessato fosse privo di quello di fiducia; il p.m., il difensore e gli altri destinatari dell'avviso di udienza potevano essere sentiti se comparsi in udienza; il condannato detenuto in una circoscrizione diversa da quella in cui risiedeva il giudice precedente era sentito prima dell'udienza, previa richiesta, dal magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione; l'udienza si svolgeva in assenza di pubblico; infine, l'ordinanza conclusiva era

⁷⁶ Testualmente, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 41.

notificata a tutti i destinatari del suddetto avviso e contro la stessa questi potevano proporre ricorso per cassazione. In deroga alla disciplina dell'archetipo camerale di cui al citato art. 127 prog. prel. c.p.p. 1978, la norma *de qua* accoglieva la regola della richiesta di parte per l'attivazione del procedimento e, in attuazione della direttiva n. 79 legge-delega c.p.p. 1974, richiedeva che, in materia probatoria, si procedesse in contraddittorio; inoltre, essa disponeva l'effetto sospensivo del ricorso per cassazione, salva diversa disposizione del giudice, così innovando, sotto questo profilo, anche rispetto a quanto previsto dall'allora vigente art. 631 comma 3 c.p.p. 1930⁷⁷. Con riferimento poi alla proposizione del ricorso per cassazione, essa prevedeva che si osservassero, in quanto applicabili, le disposizioni generali sulle impugnazioni e, per quanto concerneva la decisione, quelle che disciplinavano il procedimento in camera di consiglio dinanzi alla Corte di cassazione (art. 620 comma 4 prog. prel. c.p.p. 1978). Infine, sul fronte della giurisdizione di sorveglianza, stante la peculiarità del suo oggetto, l'articolo in esame prevedeva una disposizione *ad hoc*, in base alla quale « ai fini del giudizio sulla pericolosità [erano] acquisite le risultanze dell'osservazione scientifica prevista dalla legge penitenziaria e delle indagini compiute nel processo di cognizione » (art. 620 comma 2 prog. prel. c.p.p. 1978).

⁷⁷ Nella Relazione prog. prel. c.p.p. 1978, la scelta era stata motivata con « la necessità di non far venire meno un punto di riferimento sicuro quale il titolo esecutivo fino a quando le contestazioni che lo coinvolgono non abbiano ricevuto definitiva risoluzione » (leggibile in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., p. 1395).

L'*iter* della legge-delega, però, s'interrompe nel marzo del 1978, appena dopo la presentazione ufficiale del suddetto progetto preliminare. Il dibattito sulla riforma processuale riprenderà due anni più tardi, portando all'approvazione, nel 1987, della seconda (e definitiva) legge-delega, dalla quale scaturirà poi il vigente codice di rito.

6. Segue: ... e in quella del 1987. – Grande importanza rivestiva ancora una volta – era già successo per l'art. 2 legge-delega c.p.p. del 1974 – l'omologo art. 2 della nuova legge-delega n. 81, i cui contenuti rappresentavano il portato di un processo di maturazione culturale oltre che legislativa, iniziato proprio ai tempi della delega del 1974⁷⁸.

Invero, la norma *de qua*, nella sua nuova veste, andava decisamente oltre la proclamazione del principio della « giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena e l'applicazione delle misure di sicurezza » (art. 2 dir. n. 79 legge-delega c.p.p. 1974), dedicando alla materia esecutiva

⁷⁸ La legge-delega in esame, inoltre, aveva potuto beneficiare delle indicazioni provenienti dall'ordinamento penitenziario del 1975, dal progetto preliminare del 1978 e dalle leggi n. 689 del 1981 e n. 663 del 1986. In merito, v. A. GAITO, *La "lunga marcia" dell'esecuzione penale (frammenti di giurisprudenza costituzionale)*, in *Scritti per il cinquantenario della Corte costituzionale*, a cura di M. Chiavario, Roma, 2006, p. 950 ss. Per una puntuale ricostruzione dei contenuti della legge-delega c.p.p. 1987, si rinvia a V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987*, in AA. VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990, p. 58 ss.

penale diverse direttive dall'analisi delle quali emergeva la consacrazione definitiva dell'esecuzione a fase del procedimento penale⁷⁹.

La direttiva n. 96 imponeva, anzitutto, di introdurre *in executivis* le « garanzie di giurisdizionalità [...] con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza ». Da notare come la direttiva *de qua* parlasse di “garanzie di giurisdizionalità”, invece che di “giurisdizionalizzazione”, espressione, quest'ultima, usata – come già visto – dalla legge-delega del 1974. La differenza tra le due locuzioni è sostanziale, in quanto la prima, molto opportunamente, specifica le singole garanzie che devono caratterizzare la fase esecutiva, mentre la seconda si limitava ad enunciare un principio⁸⁰. La

⁷⁹ Del resto, l'elevazione dell'esecuzione penale a vera e propria fase del processo in senso lato trova conferma, oggi, anche nell'art. 75 comma 2 T.U.S.G. (d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115), ove è previsto che il patrocinio a spese dello Stato « si applic[hi], in quanto compatibile, anche nella fase dell'esecuzione ». In dottrina, v., per tutti, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 67; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. M. Corso, Bologna, 2011, p. 409; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 58 ss.

⁸⁰ Cfr. ancora S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 74 ss., ad avviso del quale « la direttiva in esame, pertanto, è solo apparentemente viziata da eccessiva meticolosità, contenendo al contrario affermazioni estremamente importanti – nell'ottica dell'attuazione del diritto di difesa – che trovano oggi un forte riscontro nelle prescrizioni dell'art. 111 Cost. riformato: si pensi al *contraddittorio necessario* nei provvedimenti incidentali in materia di esecuzione, all'obbligo di notificare o comunicare al *difensore*, a pena di nullità, i provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza ed

medesima direttiva proseguiva, quindi, con la specificazione delle predette “garanzie di giurisdizionalità”, sancendo « l’obbligo di notificare o comunicare al difensore, a pena di nullità i provvedimenti suddetti »; la « necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione »; la « necessità di un giudizio di effettiva pericolosità ove questa debba essere accertata per l’applicazione, l’esecuzione o la revoca delle misure di sicurezza », ciò in coerenza con il venir meno delle presunzioni assolute di pericolosità sociale e l’affermazione della regola per la quale « tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa » (art. 31 l. 10 ottobre 1986 n. 663); infine, essa richiedeva l’« impugnabilità dei provvedimenti del giudice ».

La direttiva successiva, n. 97, prevedeva, dal canto suo, la possibilità di valutare, anche nella fase *de qua*, l’applicazione della disciplina del concorso formale di reati e del reato continuato, sempre che « non [fossero] stati precedentemente esclusi nel giudizio di cognizione », così ponendo fine al silenzio sul punto della legge-delega del 1974. Si trattava – come già si è avuto modo di dire – della possibilità per il giudice dell’esecuzione d’incidere, anche in modo assai profondo, nel senso di una riduzione della pena, sul provvedimento definitivo adottato in cognizione: « sul piano politico-legislativo la scelta rivest[iva] rilevanza, in quanto, da un lato, risponde[va] positivamente alle istanze provenienti anche dal mondo penitenziario, e, dall’altro, segna[va] una tappa

all’*impugnabilità* di tutti i provvedimenti resi dal giudice *in executivis* ».

significativa – in nome di un criterio di giustizia sostanziale – lungo il cammino dell’adeguamento della pena agli effettivi livelli di responsabilità del condannato, indipendentemente dalle più o meno complesse vicende dei procedimenti instaurati a suo carico »⁸¹.

La direttiva n. 98, prescrivendo, poi, « il coordinamento con i principi [...] della delega dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, anche attraverso la regolamentazione delle competenze degli organi », dimostrava di non trascurare l’esigenza di una *reductio ad unum* dei vari procedimenti concernenti il momento esecutivo all’interno del nuovo codice di rito. E, insieme con la direttiva n. 104, che, a sua volta, richiedeva l’« adeguamento di tutti gli istituti processuali (compresi quelli esecutivi) ai principi e criteri innanzi determinati », sanciva, finalmente, la completa giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale. Se, infatti, al legislatore delegato era affidato il compito di adeguare i procedimenti esecutivi ai principi contenuti nella delega, ciò voleva dire, in sostanza, costruire tutte le fasi del procedimento penale secondo lo schema triadico tipico della tradizione accusatoria, pervenendosi in tal modo all’equiparazione della fase esecutiva a quella della cognizione⁸².

Infine, la direttiva n. 101 sanciva – come già nella legge-delega del 1974 – la garanzia del contraddittorio nel procedimento di riabilitazione, seppure descritto come «

⁸¹ Testualmente, V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987*, cit., p. 60; in merito, inoltre, v. G. VARRASO, *Il reato continuato: tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 359 ss.

⁸² In merito, cfr. F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 11 ss.; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 58 ss.

giudizio senza formalità e in camera di consiglio », con « acquisizione d'ufficio della documentazione processuale ».

L'insieme di queste prescrizioni denotava, dunque, l'intento di costruire la fase dell'esecuzione « come momento terminativo e realizzativo del processo penale, all'interno del quale, laddove [dovessero] essere assunti provvedimenti riguardanti il comando in genere od il suo contenuto sanzionatorio in specie, [era] necessario assicurare l'intervento del giudice nelle forme tipiche 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 »⁸³.

7. L'assetto dell'esecuzione penale nel nuovo codice di procedura penale. – L'odierna struttura processuale esecutiva rivela l'obiettivo del legislatore processuale del 1988 – peraltro, raggiunto solo in parte – di rispondere a quell'esigenza di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale concretamente invocata, per la prima volta, dalla legge-delega per l'emanazione del nuovo codice di rito del 1974 e dalle due storiche sentenze costituzionali n. 110 e, soprattutto, n. 204 dello stesso anno⁸⁴. Da allora, sul piano normativo, sono stati fatti notevoli passi in avanti in quel senso: dal primo significativo intervento sul sistema penitenziario, per il tramite della già ricordata l. n. 354 del 1975, con cui si è inteso superare definitivamente l'idea dell'esecuzione

⁸³ Così, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 48.

⁸⁴ Trattasi sempre di Corte cost., sent. 23 aprile 1974 n. 110, cit. e sent. 4 luglio 1974 n. 204, cit.

penale come mera attività amministrativa, fino a giungere all'emanazione della legge-delega del 1987, dalla quale, infine, è scaturito il vigente codice di procedura penale.

Sul nuovo scenario, « l'esecuzione penale si atteggia ora come fase non più solamente attuativa del comando contenuto nel provvedimento irrevocabile ma essa stessa complementare a quella di cognizione di cui condivide l'impegno verso la individualizzazione degli strumenti sanzionatori »⁸⁵. E, infatti, alla luce della nuova disciplina in *subiecta materia*, il *dictum* giudiziale, così come risulta dalla sentenza irrevocabile di condanna, non segna più il momento di chiusura del procedimento penale, ma riveste, nella dimensione dinamica della nuova fase *post iudicatum*, un significato interlocutorio, in grado, in sede esecutiva, di garantire nel tempo l'aderenza del profilo sanzionatorio sia alla finalità rieducativa sancita dalla Costituzione sia ad esigenze di giustizia sostanziale, legate all'eseguibilità in concreto del provvedimento irrevocabile di condanna. Invero, sotto quest'ultimo profilo, pur nel rispetto dei vincoli coessenziali al giudicato, il titolo esecutivo diviene suscettibile – prima e anche indipendentemente dalle rimodulazioni della pena operate in sede penitenziaria – di significative manipolazioni nei suoi contenuti originari, di tipo integrativo, modificativo ovvero estintivo, volte alla sua pratica attuazione⁸⁶.

⁸⁵ Letteralmente, A. PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 2.; cfr., anche se nella specifica prospettiva penitenziaria, G. DI GENNARO, *Giudicato penale ed esecuzione flessibile*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 252 ss.; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 58 ss.

⁸⁶ Sul punto, cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 45 ss.; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 43 ss.; O. MAZZA, *Il giudice e il*

Un'effettiva giurisdizionalizzazione della fase *post rem iudicatam*, però, avrebbe richiesto che l'intervento del giudice, nei termini suesposti, fosse al contempo corredato dall'insieme delle garanzie formali tipiche del modello accusatorio che ha ispirato l'intera riforma processuale. In questo senso si esprimeva, del resto, la direttiva n. 96 della legge-delega c.p.p. 1987, in attuazione della quale, il legislatore delegato era stato chiamato, a sua volta, a dotare questa fase – seppure compatibilmente con le esigenze di semplificazione sottese alla particolare natura delle questioni ivi trattate – di alcune garanzie minime e indefettibili di giurisdizionalità, poste a presidio del corretto esercizio della giurisdizione, come l'« obbligo di notificare o comunicare al difensore, a pena di nullità » i provvedimenti in tema di pene e di misure di sicurezza; la « necessità del contraddittorio » nei procedimenti esecutivi; nonché l'« impugnabilità dei provvedimenti del giudice » (art. 2 n. 96 legge-delega c.p.p. 1987)⁸⁷.

Senonché, al momento di attuare gli obiettivi della delega all'interno del nuovo codice di procedura penale, il legislatore del 1988 ha riconfermato la tradizionale

procedimento d'esecuzione, cit., p. 410-411; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 65 ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 1 ss.; G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in ID., *Sisifo e Penelope, Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 43.

⁸⁷ A tal proposito, cfr. A. GAITO, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 2006, p. 925 ss.; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 481-482.

supremazia del p.m. *in executivis*, sul tralazio presupposto che – come si legge nella Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p. – « quando sia stata emanata una sentenza di condanna ormai irrevocabile, non vi è più spazio per l'uso di poteri discrezionali, dovendosi, invece, semplicemente dare esecuzione al provvedimento del giudice »⁸⁸.

Sulla base della predetta direttiva n. 96, al contrario, il legislatore delegato avrebbe dovuto riconsiderare la posizione dell'organo dell'accusa, limitandone, per quanto possibile, il ruolo alla sola partecipazione ai procedimenti esecutivi, in contraddittorio con la difesa⁸⁹. Al di là delle motivazioni ufficiali dell'opposta scelta normativa, non si

⁸⁸ In questi termini si esprime la Relazione prog. prel. c.p.p. 1988, in AA. VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1377. Tale impostazione è oggetto di costanti critiche in dottrina: tra gli altri, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 15 ss. e 162 ss.; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro Ambr.*, Milano, 2002, p. 575; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 8 ss. e 86 ss.; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 6; A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 637; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 316.

⁸⁹ Sul punto, cfr. V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1988*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, cit., p. 126 ss. Sui poteri del p.m. *in executivis*, cfr. A. BERNASCONI, *Poteri del p.m. in sede esecutiva, controllo giurisdizionale e ripartizione delle competenze*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 459 ss.; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 490 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 107 ss.

può non constatare come la commistione di ruoli, proponenti e partecipativi, in capo allo stesso organo del p.m., finisca per avere, inevitabilmente, effetti poco rassicuranti sulla concreta manifestazione del diritto di difesa e sulla dinamica del contraddittorio⁹⁰. Il riferimento è, in particolare, all'emissione dell'ordine d'esecuzione delle pene detentive (art. 656 c.p.p.), al computo della custodia cautelare già sofferta e delle pene detentive espiate senza titolo (art. 657 c.p.p.) e all'unificazione delle pene concorrenti (art. 663 c.p.p.). Si tratta di poteri "paragiurisdizionali", connotati, in alcuni casi, da ampi margini di discrezionalità tecnica, che si pongono in evidente contrasto con i principi costituzionali, alla luce, in particolare, degli art. 13 e 111 comma 2 Cost., sotto i profili, rispettivamente, della tutela della libertà personale e della parità delle parti. Non sembra inutile rilevare, da un lato, « che tali operazioni dirette a definire la pena da eseguire non costituiscono frutto di mera attività formale e di esclusivo calcolo aritmetico » e, dall'altro, « la debolezza di fondo insita nel controllo giurisdizionale

⁹⁰ Cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 12, ad avviso dei quali « il mantenimento del ruolo del pubblico ministero quale organo dell'esecuzione, legittimato finanche a all'emissione del provvedimento che dispone la carcerazione della controparte (cioè la persona condannata), continua ad innescare giustificate perplessità: lo schema attributivo delle competenze in tema di misure coercitive (p.m. organo della richiesta; g.i.p. organo della decisione; tribunale delle libertà organo del controllo) avrebbe meritato, probabilmente, di essere tenuto in più attenta considerazione »; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, cit., p. 137.

posticipato »⁹¹. Sul versante della giurisdizione rieducativa, stante la peculiarità del suo oggetto, la contraddizione insita nel ruolo del p.m. è ancora più marcata, specialmente laddove il procedimento di sorveglianza sia finalizzato alla concessione di un beneficio penitenziario. In ipotesi del genere, non prospettandosi alcuna “schermaglia dialettica” tra le parti, si è sostenuta in dottrina la necessità di escludere lo *ius postulandi* dell’organo dell’accusa, limitandolo, conseguentemente, ai soli casi di richiesta di revoca del beneficio medesimo⁹².

Trasfuse, dunque, nel nuovo codice di rito, anche se solo in parte, le scelte operate dal legislatore delegante del 1987 sul *quo modum* della predetta opera di giurisdizionalizzazione, sul fronte dinamico ne è scaturito un modello procedurale tipico *in executivis*: il c.d. “procedimento di esecuzione” (art. 666 c.p.p.)⁹³. Conviene

⁹¹ Così, D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 316; v. anche F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 18: « il permanere in capo al pubblico ministero della facoltà di emanare autonomamente provvedimenti esecutivi incidenti sulla libertà personale del condannato giustifica l’affermazione secondo la quale l’esecuzione penale non è una fase integralmente giurisdizionale ».

⁹² Cfr. F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 373; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 154.

⁹³ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1255, per il quale la locuzione “procedimento d’esecuzione” è ellittica, in quanto « manca un aggettivo (ad esempio, “contenzioso”). Quel procedimento, infatti, non è la sequela esecutiva, sebbene vi incida: stiamo considerando episodi giurisdizionali; posteriori al giudicato, lo implicano ».

subito premettere, quanto alla sua natura, che trattasi di procedura di prima istanza, per cui ad essa non è applicabile la disciplina generale sulle impugnazioni⁹⁴. Una conferma indiretta proviene, del resto, dall'art. 666 comma 6 c.p.p., laddove si prevede che « il giudice decide con ordinanza [...] comunicata o notificata senza ritardo alle parti e ai difensori, che possono proporre ricorso per cassazione. Si osservano, in quanto applicabili le disposizioni sulle impugnazioni e quelle sul procedimento in camera di consiglio davanti alla Corte di cassazione ». Tale disposizione si riferisce, espressamente, al solo ricorso per cassazione nei confronti dell'ordinanza decisoria conclusiva del procedimento medesimo, per cui solo ad esso sono applicabili le disposizioni sulle impugnazioni⁹⁵.

⁹⁴ Sul punto, per tutti, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 420; ID., sub art. 666 c.p.p., in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2875; in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 4 novembre 2005, Conversano, in CED, n. 233261; Cass., sez. I, 4 dicembre 2000, Fontanella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3089; Cass., sez. III, 14 aprile 1999, Acampora, *ivi*, 2000, p. 2356, con nota di R. FOIS; *contra*, tuttavia, G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 233; Cass., sez. IV, 21 maggio 1998, Adrognà, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2567, secondo cui « a norma dell'art. 666 comma 6 c.p.p. al procedimento di esecuzione sono applicabili le disposizioni sull'impugnazione, ed in particolare quella di cui all'art. 597 comma 1 in tema di appello, ripetuta al comma 1 dell'art. 609 per il ricorso per cassazione, secondo cui la cognizione del giudice del gravame è limitata ai punti della decisione investiti dai motivi di impugnazione ».

⁹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 28 novembre 2001, Caspar, in CED, n. 220577, in tema di opposizione ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione.

Quanto, poi, all'operatività del rito, essa si estende lungo l'intero arco della fase esecutiva⁹⁶. Attraverso il procedimento *de quo*, infatti, il giudice dell'esecuzione, oltre che svolgere una funzione di controllo *ex post* sulla correttezza delle operazioni del p.m., esercita ampi e significativi poteri giurisdizionali, funzionali alla risoluzione di eventuali questioni attinenti all'esistenza del titolo esecutivo ovvero alle condizioni costitutive, modificative o estintive della sua validità ed efficacia⁹⁷, per la soluzione delle quali la legge non preveda espressamente la procedura *de plano*⁹⁸.

Il procedimento previsto e disciplinato dall'art. 666 c.p.p. è strutturato, nelle sue linee generali, sulla base dello schema camerale di cui all'articolo 127 c.p.p. – a sua volta germinato su quello del vecchio incidente di esecuzione (art. 630 c.p.p. 1930)⁹⁹ – pur prevedendo, in ragione della

⁹⁶ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 420; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2876; A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, in *Trattato di procedura penale. Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, cit., p. 244-245.

⁹⁷ Cfr. Cass., sez. III, 14 aprile 1999, Acampora, cit.

⁹⁸ Cfr. Cass., sez. III, 20 novembre 2008, Bifani, in CED, n. 242477; Cass., sez. I, 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, *ivi*, n. 186186.

⁹⁹ La nuova procedura richiama, in parte, il corrispondente e previgente procedimento per gli incidenti di esecuzione di cui all'art. 630 c.p.p. 1930, così come risultante a seguito dei costanti adeguamenti ai principi costituzionali, subiti negli anni della sua vigenza – sotto il profilo del diritto di difesa – ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, tali non solo da attenuarne il carattere inquisitorio, ma addirittura da consentire di trarne spunto. Sulla portata degli interventi della Corte costituzionale in materia d'incidente d'esecuzione v., *supra*, § 3.

specificità della sede e delle materie oggetto di giudizio, una disciplina di maggior rigore, a partire da quella relativa agli atti preliminari all'udienza, con particolare riferimento al vaglio d'ammissibilità della richiesta (art. 666 comma 2 c.p.p.). Inoltre, la norma in oggetto garantisce una più marcata realizzazione del contraddittorio camerale tecnico – con la previsione della partecipazione necessaria all'udienza del p.m. e del difensore, unitamente alle maggiori possibilità per l'interessato di essere sentito personalmente, anche se detenuto o internato al di fuori della circoscrizione del giudice procedente (in quest'ultimo caso è fatta salva, infatti, la possibilità per il giudice di disporre la traduzione: v. art. 666 comma 4 c.p.p.)¹⁰⁰ – come anche una specifica, anche se frammentaria, disciplina dell'attività probatoria, da svolgersi in udienza e nel contraddittorio delle parti (art. 666 comma 5; 185 norme att. c.p.p.)¹⁰¹; nonché, infine, particolari disposizioni per il caso dell'interessato infermo di mente (art. 666 comma 8 c.p.p.). Ciò non toglie – come si avrà modo di mettere in luce nel prosieguo della trattazione¹⁰² – che un tale apprestamento di garanzie possa comunque soffrire di contraddizioni che, in alcuni casi, ne ridimensionano concretamente la portata.

Sulla base delle già esaminate direttive di cui alla legge-delega del 1987, il legislatore del 1988 è intervenuto, al contempo, sul procedimento di

¹⁰⁰ Sulla partecipazione dell'interessato all'udienza camerale, si rinvia, *infra*, cap. 3, § 2.

¹⁰¹ Per gli opportuni approfondimenti in merito, v., *infra*, cap. 4.

¹⁰² V. meglio *infra*, cap. 2 ss., *passim*.

sorveglianza, fino a quel momento disciplinato all'interno dell'ordinamento penitenziario (art. 71 ss.), inserendo la nuova disciplina nel tessuto del codice. Una tale scelta si spiega con la volontà del legislatore delegato di procedere all'unificazione dei due tipi d'intervento giurisdizionale in sede esecutiva, in ossequio alla specifica direttiva n. 98, sul presupposto che il procedimento d'esecuzione e quello di sorveglianza riguarderebbero « materie quantomeno analoghe se non addirittura identiche »¹⁰³. Il procedimento di sorveglianza ha così assunto una configurazione, dal punto di vista procedurale, del tutto speculare al procedimento di cui all'art. 666 c.p.p., dal quale risulta disciplinato, seppure con alcuni importanti elementi di specialità in rapporto alle peculiarità della regiudicanda, in forza del rinvio operato dall'articolo 678 comma 1 c.p.p.¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. Relazione prog. prel. c.p.p. 1988, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, cit., p. 1375. Nel senso dell'opportuna unificazione delle modalità procedurali, si esprime G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p. 43.

¹⁰⁴ L'art. 678 comma 1 c.p.p., a proposito dello *ius instandi*, prevede che il procedimento di sorveglianza possa essere attivato, a differenza di quello d'esecuzione, anche d'ufficio. Ai legittimati che figurano nel comma 1 della predetta norma, si aggiungono, ex articolo 57 ord. penit., i prossimi congiunti dell'interessato e il consiglio di disciplina. In dottrina (cfr., *ex multis*, R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 554; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 158) si concorda nel ritenere operativa, seppure in via residuale, la norma di cui all'art. 57 ord. penit., pur dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina codicistica: ciò in virtù dell'art. 236 comma

Non si può non rilevare, però, come proprio le istanze sottese alla giurisdizione rieducativa abbiano finito per risentire di una simile scelta, specie sotto il profilo delle garanzie difensive e della stessa funzionalità allo scopo della procedura, nell'ambito della quale – diversamente da quanto accade nel procedimento di esecuzione, ove, per lo più, vengono trattate questioni di natura tecnica attinenti al titolo – assumono notevole importanza soprattutto gli accertamenti di carattere

2 norme coord. c.p.p., il quale dispone che « nelle materie di competenza del tribunale di sorveglianza continuano ad osservarsi le disposizioni processuali della legge 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-*bis* del titolo II della stessa legge ». Per “prossimi congiunti”, agli effetti della legge penale, della quale l'ordinamento penitenziario è parte, s'intendono i soggetti specificati nell'ultimo comma dell'art. 307 c.p. La loro legittimazione si configura quale « diritto autonomo e sussidiario riconosciuto dall'ordinamento in considerazione di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante, con funzione suppletiva dell'inerzia dell'interessato e degli organi competenti » (così, si esprime G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 225). Una volta ammessa la loro legittimazione a presentare l'istanza per l'instaurazione del rito, si deve loro riconoscere, conseguentemente, anche la facoltà di designare un difensore per l'interessato, ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p. Quanto al consiglio di disciplina, il suo intervento è in funzione premiale, volto a far riconoscere il giusto merito al soggetto che abbia tenuto comportamenti positivi sotto il profilo disciplinare (art. 37 ord. penit. e 76 comma 2 lett. *b* e *c* reg. penit.). Altro profilo di specialità è previsto al comma 2 stessa disposizione, in materia probatoria, laddove è specificato che « quando si procede nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, il giudice acquisisce la relativa documentazione e si avvale, se occorre, della consulenza dei tecnici del trattamento ».

personologico finalizzati alla valutazione del comportamento e della personalità dell'interessato¹⁰⁵. In quest'ottica, stante le differenti *res deductae* nei due tipi di procedimento, suscita perplessità, per esempio, la previsione di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p., che, nell'ipotesi di detenuto o internato in luogo posto al di fuori dalla circoscrizione del giudice procedente, riduce il diritto dell'interessato di partecipare all'udienza, ove il giudice non ritenga di disporre la traduzione in quella sede, ad una mera audizione, prima dell'udienza, avanti al magistrato di sorveglianza del luogo in cui egli è ristretto¹⁰⁶; così come appare riduttiva l'opzione fatta dal legislatore processuale del 1988 a favore del ricorso per cassazione, per soli motivi di legittimità, quale unico mezzo d'impugnazione avverso il provvedimento conclusivo dei procedimenti d'esecuzione e di sorveglianza¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1260-1261; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 271; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 134; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 24; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 145-146; G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 411.

¹⁰⁶ In merito al diritto dell'interessato a partecipare all'udienza camerale, cfr., *de iure condendo*, quanto prescrive il disegno di legge-delega Riccio, dir. n. 107, § 5, laddove impone l'obbligo di « prevedere il diritto del condannato di partecipare alle udienze dinanzi al giudice della pena inerenti al trattamento sanzionatorio o penitenziario ». V., più approfonditamente, cap. 3, § 2.

¹⁰⁷ V. comunque meglio *infra*, cap. 5, § 2.

8. « Giusto processo » e giurisdizione esecutiva. –

Nel testo dell'art. 111 Cost., notoriamente, sono scolpiti i principi fondamentali cui deve ispirarsi l'esercizio della funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento, in particolare nella materia penale¹⁰⁸.

A una prima lettura, sotto il profilo meramente linguistico, il riferimento al termine “processo”, contenuto nella disposizione in esame, potrebbe far intendere che quest'ultima operi con riguardo alla sola vicenda

¹⁰⁸ L'opera di revisione della norma *de qua* è avvenuta mediante legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 (in *Gazz. Uff.*, 23 dicembre 1999 n. 300), che ha espressamente previsto l'« inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione ». Per un inquadramento generale della riforma del giusto processo penale, v. S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, 2004, p. 342 ss.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo, a) diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, p. 595 ss.; M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 2001, p. 1 ss.; C. CONTI, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2002, p. 627 ss.; P. FERRUA, *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401 ss.; F. GIUNCHEDI, voce *Giusto processo (profili sovranazionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, Torino, 2005, p. 634 ss.; V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale « giusto »*. *Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 291 ss.; O. MAZZA, *Diritto a un processo equo*, in AA.VV., *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006, p. 469 ss.; G. UBERTIS, *Giusto processo, (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 1, Milano, 2008, p. 433 ss.; ID., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009; ID., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007; ID., *Verso un “giusto processo” penale*, Torino, 1997.

processuale di cognizione¹⁰⁹. Sennonché, proprio l'opera di giurisdizionalizzazione – conseguente alla mutata funzione della pena detentiva e al superamento del mito dell'intangibilità del giudicato penale – che ha coinvolto, in modo irreversibile, l'esecuzione penale testimonia l'avvenuta consacrazione della sede *de qua* a fase del processo in senso lato, posta com'è in rapporto di stretta consequenzialità rispetto alla cognizione. In questo senso, deve interpretarsi la direttiva n. 96 della legge-delega c.p.p. 1987, che, prescrivendo « garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione », dimostra di riconoscere quest'ultima, appunto, come parte di un tutto¹¹⁰. Se, dunque, l'esecuzione è parte integrante del “processo” (*rectius*: procedimento) penale, costituendone una sua fase, come non riconoscerle le garanzie tipiche dello stesso?

Sgomberato, pertanto, il terreno dal preliminare dubbio circa il “se” della rilevanza della norma costituzionale *in executivis*, rimane da chiarire quali e in che misura i principi in essa consacrati si manifestino¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul significato da attribuire alle nozioni di processo e procedimento, per tutti, cfr. M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, p. 45 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 10 ss.: nell'art. 111 comma 2 Cost., « il vocabolo “processo” [...] si riferisce allo sviluppo dell'intera attività procedimentale ».

¹¹⁰ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 409; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 61.

¹¹¹ Cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 11; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 52 ss.; A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 241 ss.

Certo, nel corso di tale verifica non si potrà non tenere conto del fatto che il momento esecutivo, pur allineandosi tendenzialmente agli *standard* di giurisdizionalità della fase di cognizione, quantomeno su un livello minimo di garanzie, conservi, data la sua particolare natura, caratteristiche proprie¹¹².

Sulla rilevanza dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo *in executivis*, v. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 16 ottobre 2007, De Trana c. Italia in cui i giudici di Strasburgo, richiamandosi al precedente del 13 marzo 1997, caso Hornsby c. Grecia (entrambe le sentenze sono consultabili sul sito <http://www.echr.coe.int/ECHR/>), hanno ribadito che l'esecuzione di una sentenza o di una decisione, da qualsiasi autorità giudiziaria essa promani, deve essere considerata come facente parte integrante del "processo" ai sensi della predetta norma convenzionale e che « il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia ». In merito, cfr., in particolare, F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, p. 268 ss.; ID., *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 481-482; nel senso della non applicabilità, in sede esecutiva dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, P. PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, cit., p. 34 ss., il quale, invece, sposta l'attenzione sull'art. 5 comma 1 Cedu; più in generale, in argomento, v. A. TAMIETTI, *La nozione di « accusa in materia penale » ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni in margine alla decisione Montera c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1409-1410;

¹¹² Sul punto, cfr. G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 227-228, secondo cui è da escludersi « l'unicità del rapporto processuale di cognizione e di esecuzione »; A. GAITO, *Esecuzione*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 1993, p. 667, il quale parla di « divario di struttura tra il giudizio di cognizione e quello di esecuzione ».

Prendendo in esame la norma costituzionale, nei paragrafi che seguono, si cercherà, quindi, di verificare in quale misura le garanzie contenute nell'art. 111 Cost. rilevino anche nella giurisdizione esecutiva, onde valutare la compatibilità con esse della disciplina codicistica dell'esecuzione penale¹¹³.

9. Segue: l'applicabilità in executivis dei principi enucleati nei primi due commi dell'art. 111 Cost. – Per cominciare, si può senz'altro affermare che rilevino in sede esecutiva, quale “minimo etico” del giusto processo, i principi contenuti nei primi due commi dell'art. 111 Cost., in quanto « con tali disposizioni si introduce una precisa riserva di legge in materia e si sancisce il principio secondo cui vi sono delle regole processuali minime ed essenziali, ivi espressamente enunciate, alle quali in una società democratica non è consentito di derogare »¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 4 ss., i quali, però, proprio in considerazione della peculiare natura del momento esecutivo, preferiscono parlare di “esecuzione leale”. Secondo gli A., l'utilizzo della formula “giusto processo” *in executivis* « vorrebbe dire considerare inevitabile la trasposizione a tale fase, nella loro absolutezza, di tutti i canoni del processo di cognizione individuati dall'art. 111 Cost.; ritenere, invece, che l'intrinseca particolarità dell'esecuzione penale necessiti anche di una forma *ad hoc*, significa prender atto dell'impossibilità (logica e contenutistica) di riprodurre in tale momento, *sic et simpliciter*, movenze formali e cadenze proprie della giurisdizione cognitiva »;

¹¹⁴ Testualmente, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 572; cfr. anche F. DELLA CASA, *I riflessi del “nuovo” art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 2002, p. 137; A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Torino, 2008, p. 215-216, il quale sottolinea come, pur ipotizzando « che il lessico dell'art. 111

Data questa premessa, non possono allora non suscitare perplessità alcune soluzioni normative trasfuse nel codice di procedura penale del 1988 nella materia esecutiva, le quali si pongono in evidente contrasto con le garanzie di cui all'art. 111 commi 1 e 2 Cost., e che attendono, ancora oggi, di essere riconsiderate dal legislatore.

Anzitutto, con riferimento alle garanzie della terzietà e dell'imparzialità del giudice, la cui attuazione può dirsi limitata, se non del tutto sacrificata, dalla stessa regola che sta alla base dell'individuazione del giudice dell'esecuzione, secondo la quale competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è, di regola, lo stesso giudice che lo ha emesso (art. 665 c.p.p.; cfr. art. 628 c.p.p. 1930). A tal proposito, in dottrina, molto si è dibattuto sull'opportunità o meno che *in executivis*, laddove siano sorte questioni attinenti al titolo esecutivo, sia chiamato ad assumere le relative decisioni lo stesso giudice che ha pronunciato, in sede di cognizione, il provvedimento della cui esecuzione si tratta, finendo per prevalere l'indirizzo contrario¹¹⁵. Invero, costui non può ritenersi

[commi 1 e 2 Cost.] sia vincolante, ci si potrebbe comunque rifare alle minime nozioni di teoria generale del processo per dedurre che anche per il rito di sorveglianza non può non valere l'accezione generale di "procedimento", secondo cui quest'ultimo termine non indica una *species* giurisdizionale ma la struttura di ogni *iter* processuale, al cui interno vi è una fase dell'istruzione, una fase della cognizione e una fase dell'esecuzione [...] »

¹¹⁵ In proposito, cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 98 ss.; T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 1998, p. 1018 ss.; A. GAITO, *Nel segno*

completamente scevro dai possibili condizionamenti ingenerati dalla “forza della prevenzione”, definita quale « naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento »¹¹⁶. Per di più, si consideri che « il problema è oggi ancor più accentuato dalla considerazione che la giurisdizione esecutiva non sempre incontra il limite di quanto deciso nel dispositivo della sentenza irrevocabile: basti pensare alla possibilità di

dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio, in *Giur. it.*, 1997, p. 455 ss.; ID. - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 9 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 56; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 486; M. MARGARITELLI, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale e al giudizio di cognizione: l'illusione dell'imparzialità del giudice penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1152 ss.; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 415-416, per il quale « 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 »; A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 242-243; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 167 ss.; EAD., *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 137-138 e 204. *Contra*, per tutti, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 179, ad avviso del quale, « l'affermare che esista un “pregiudizio” nel giudice dell'esecuzione in ordine alle decisioni che costui assume nella fase esecutiva con riferimento ad un provvedimento da lui pronunciato, significa non tener presente che la cognizione di questo giudice incontra un ben preciso limite, vale a dire quello così detto “del dispositivo” ».

¹¹⁶ Così, Corte cost., sent. 15 settembre 1995 n. 432, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3379 ss., con nota di P.P. RIVELLO.

rideterminare la pena applicando il concorso formale o il reato continuato »¹¹⁷.

Una presa di coscienza del problema, già prima della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., si è avuta, contestualmente, in giurisprudenza, anche se, ad oggi, l'indirizzo prevalente in quella sede è, comunque, nel senso di escludere l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità con riferimento al giudice dell'esecuzione. La Corte di cassazione, infatti, ha dichiarato manifestamente infondata la censura di illegittimità costituzionale degli art. 34 e 665 c.p.p. – sollevata in riferimento agli art. 3, 10, 24, 25 e 104 Cost., sotto il profilo della mancata previsione di un'incompatibilità del giudice che ha pronunciato la sentenza divenuta esecutiva a svolgere le funzioni di giudice dell'esecuzione in riferimento alle questioni, anche se di merito, insorgenti sul medesimo titolo – sulla constatazione che « non è possibile la ricusazione del giudice dell'esecuzione, posto che la competenza di quest'ultimo deriva inderogabilmente dalla sua identificazione con il giudice della fase cognitiva e che, nell'ambito di detta competenza, non può configurarsi

¹¹⁷ *Ad litteram*, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 415; cfr., altresì, D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 168; *contra*, però, v. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 228, per i quali, « lo stesso rilevante potere decisionale attribuito al giudice della fase esecutiva dall'art. 671 c.p.p., non sembra comportare, almeno di regola, il rischio di una sovrapposizione di giudizi di fatto o di diritto, stante l'esplicito divieto normativo di disporre *in executivis* una "applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato" che sia già "stata esclusa dal giudice della cognizione" ».

alcuna divaricazione fra l'intervenuto giudicato e l'oggetto della deliberazione da adottarsi *in executivis* »¹¹⁸. Peraltro, la medesima Corte, in un'altra pronuncia rimasta, però, isolata, pur concludendo per la manifesta infondatezza di una pressoché identica questione d'incostituzionalità, è giunta, ciononostante, a riconoscere, indirettamente, « l'esigenza di assicurare un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito e la necessità di impedire che nella medesima interlocuisca reiteratamente il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento nel merito »¹¹⁹. Questa, la premessa da cui muovono giudici per affermare che « se l'organo dell'esecuzione può essere lo stesso che ha emesso il provvedimento di merito, di contro non può esercitare le funzioni di giudice dell'esecuzione il medesimo soggetto che abbia già giudicato della stessa vicenda pronunciando il provvedimento di merito della cui

¹¹⁸ Cass., sez. I, 25 marzo 1996, Lembi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1425; nello stesso senso, di recente, Cass., sez. I, 23 gennaio 2008, Monini, in CED, n. 239367; Cass., sez. I, 2 marzo 2004, Rabih, *ivi*, n. 227743. Alle medesime conclusioni era pervenuta la Corte costituzionale, con specifico riferimento alla giurisdizione rieducativa, allorché aveva giudicato infondata, rispetto agli art. 3, comma 1 e 24 comma 2 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 comma 6 ord. penit., laddove non prevedeva che il magistrato di sorveglianza che avesse provveduto sulla domanda di rinvio immediato dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 684 comma 2 c.p.p., non potesse partecipare al collegio chiamato ad adottare la decisione definitiva sul punto ai sensi dell'art. 684 comma 1 e 147 comma 1 c.p.p. (Corte cost., sent. 28 novembre 1997 n. 364, in *Cass. pen.*, 1998, p. 766).

¹¹⁹ Cass., sez. III, 15 dicembre 1996, Angelucci, in *Giur. it.*, 1997, p. 454, con nota di A. GAITO.

esecuzione si tratta »¹²⁰. Per identità di *ratio*, tali considerazioni devono trovare accoglimento anche con riferimento all'individuazione del giudice che decide sull'opposizione, individuato, ai sensi dell'art. 667 comma 4 c.p.p., nello stesso soggetto che ha emesso l'ordinanza *de plano*¹²¹.

Di recente, la stessa Corte di cassazione, nel solco tracciato dall'indirizzo maggioritario, ha ulteriormente ribadito che la competenza del giudice dell'esecuzione appartiene all'ufficio giudiziario e non al giudice persona fisica o alla sezione che ha emesso il provvedimento nella precedente fase di cognizione, precisando che « la suddivisione degli affari tra le sezioni attiene ad una questione tabellare interna e non alla capacità e tantomeno alla competenza del giudice ». Su queste premesse ha quindi legittimato, quale rimedio di ordine pratico, « la prassi di assegnazione tabellare delle funzioni di giudice dell'esecuzione a sezione diversa dello stesso ufficio giudiziario rispetto a quella che ne ha conosciuto in sede di cognizione »¹²².

Resta da dire, infine, *de iure condendo*, della proposta d'iniziativa parlamentare, ad oggi, peraltro, rimasta senza esito, d'istituire un ufficio *ad hoc* del giudice dell'esecuzione, sulla falsariga di quello del giudice per le

¹²⁰ Così, ancora, Cass., sez. III, 15 dicembre 1996, Angelucci, cit.

¹²¹ Sul punto, per tutti, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 437.

¹²² Per questa citazione e anche per quella immediatamente precedente, Cass., sez. I, 1° febbraio 2007, Merico e altri, in CED, n. 236383; cfr. anche Cass., sez. VI, 15 luglio 2009, Reitano, in *Giur. it.*, 2010, p. 931 ss., con nota di S. FURFARO.

indagini preliminari¹²³; come anche di quella avanzata in dottrina, di affidare gli interventi decisori su tutte le questioni esecutive « ad una struttura giudiziaria autonoma qual è la magistratura di sorveglianza »¹²⁴. Nella più ampia prospettiva di una riforma del processo penale sul modello bifasico, si guarda con favore, inoltre, all'istituzione di un giudice nuovo e specializzato, competente, nella veste di “tribunale della pena”, a determinare la sanzione *ab initio*, nella specifica fase a ciò riservata, e a statuire su ogni ulteriore questione *post rem iudicatam*¹²⁵.

Sul fronte procedimentale, il problema della carenza di terzietà e d'imparzialità del giudice *in executivis* si presenta con riguardo agli inevitabili condizionamenti psicologici che investono l'organo giudiziario nella fase probatoria, stante, nella prassi, il costante ricorso all'iniziativa d'ufficio in materia: sia il giudice dell'esecuzione che la magistratura di sorveglianza, infatti, possono chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbiano bisogno (art. 666 comma 5 c.p.p.); nonché, nello specifico ambito d'intervento del secondo giudice, acquisire la relativa documentazione e

¹²³ Il riferimento è al disegno di legge n. 3713, proposto al Senato nel corso della XIII legislatura e intitolato “*Istituzione del giudice dell'esecuzione*”. Ad esso hanno poi fatto seguito, con i medesimi contenuti, i d.d.l. n. 2135, nella XIV legislatura, e n. 2079, nella XV.

¹²⁴ Testualmente, A. GAITO, *Poteri di integrare il merito “post rem iudicatam”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1318; cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 99; S. LORUSSO, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 117; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 416.

¹²⁵ Sul tribunale della pena, v., *infra*, § 11.

avvalersi, ove occorra, della consulenza dei tecnici del trattamento (art. 678 comma 2 c.p.p.). È del tutto evidente, che la tutela dei principi di terzietà e d'imparzialità del giudice, enunciati nel comma 2 della norma costituzionale *de qua*, non può dirsi garantita se la scelta del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione resta affidata a chi deve decidere, pur dovendosi ammettere la possibilità che il giudice abbia, comunque, conoscenza di quel materiale, per avere, magari egli stesso, promosso il procedimento (si allude alla promozione officiosa del rito di sorveglianza)¹²⁶.

Rimanendo sul versante della magistratura di sorveglianza, inoltre, non può non nutrirsi qualche dubbio anche a proposito dell'iniziativa *ex officio* per l'attivazione dell'omonimo procedimento, riconosciuta dall'art. 678 comma 1 c.p.p. (v. anche art. 677 comma 1 e 679 comma 1 c.p.p.) sia all'organo monocratico che a quello collegiale. La previsione, pur essendo in dissonanza con l'attuale costruzione del processo penale, imperniata sul principio accusatorio, sembrerebbe trovare, secondo parte della dottrina, la propria ragion d'essere nella particolare natura "premiale-rieducativa" della giurisdizione di sorveglianza. La facoltà di attivare d'ufficio il procedimento, « solo apparentemente espressione di un accentuato carattere inquisitorio della procedura, starebbe diversamente a dimostrare, in positivo, il coinvolgimento della magistratura di sorveglianza nella verifica della finalità rieducativa della pena, implicando così una collocazione

¹²⁶ Cfr., tra i molti, F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 484.

del tutto particolare dell'organo giudicante »¹²⁷. La questione – a dire il vero – non avrebbe molta rilevanza se tale modalità d'attivazione fosse unicamente finalizzata alla concessione di benefici penitenziari, in particolare delle misure alternative¹²⁸, poiché, in tal caso, la decisione giudiziale sarebbe in linea con l'aspettativa dell'interessato. Nella pratica giudiziaria, invece, tale iniziativa concerne, molto più frequentemente, la revoca dei predetti benefici, che ne costituisce, infatti, “il caso

¹²⁷ Così, V. CAVALLARI, *La nuova disciplina dell'esecuzione penale*, in *Legisl. pen.*, 1990, p. 685 ss.; cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, p. 104; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 275; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 553; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 150 ss.

¹²⁸ Anche per quanto attiene la concessione delle suddette misure, parte della dottrina ritiene che l'attivazione *motu iudicis* configuri un'ipotesi di mera supplenza, per sanare eventuali vizi presenti nella richiesta dell'interessato; in questa direzione, A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 155. Ritiene che si tratti di un potere “autonomo”, concepito anche quale strumento per superare l'inerzia del diretto interessato, allo scopo di consentire un accesso più ampio alle misure rieducative, V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, cit., p. 120. In ogni caso, la giurisprudenza (cfr., ad es., Cass., sez. I, 21 aprile 1997, Basso, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2715; Cass., Sez. I, 31 maggio 1995, Liviotti, *ivi*, 1997, p. 104) ammette che l'organo procedente possa anche disporre misure diverse, più ampie, ovvero, addirittura, meno ampie di quelle richieste, purché ciò avvenga nel pieno rispetto del contraddittorio.

classico”: il giudice si trova qui a decidere sulla propria proposta, con risultati facilmente immaginabili¹²⁹. Esiste il rischio concreto che, in casi del genere, in cui è configurabile un vero e proprio contenzioso tra le parti del procedimento, la posizione anomala del giudice assuma preoccupanti contorni persecutori¹³⁰. Da qui, la necessità che l’organo giudicante si riappropri, coerentemente con lo schema triadico tipico del sistema accusatorio e alla luce del novellato articolo 111 Cost., del suo ruolo *super partes*, lasciando alle parti e, nelle ipotesi predette, semmai al p.m., il potere d’impulso processuale. Pur ammettendosi, infatti, che la peculiarità della funzione rieducativa possa legittimare una “operatività” altrettanto

¹²⁹ Per tale rilievo, cfr., tra gli altri, P. COMUCCI, *L’art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 575-576; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 9 ss.; K. MAMBRUCCHI, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di G. Cerquetti - C. Fiorio, Padova, 2002, p. 291; A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., p. 226 ss.

¹³⁰ A dire il vero, parte della dottrina ritiene che il ruolo dell’organo giudicante, anche nelle ipotesi di concessione di benefici, richieda il rispetto delle garanzie costituzionali, non potendo farsi il giudice “portatore di una proposta”; in questo senso, L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 380; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 230. Sul punto, v. anche Corte cost., sent. 15 ottobre 1999 n. 387, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2981, la quale ha affermato che « il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, in relazione specifica al quale, peraltro, può e deve trovare attuazione con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento ».

particolare dell'organo che la esercita, la stessa non deve, però, arrivare a incidere, mettendole in discussione, sulle garanzie minime che devono presiedere al corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

L'inadeguatezza dell'attuale disciplina codicistica in materia esecutiva, poi, risulta evidente anche sotto i profili del contraddittorio e della parità delle parti, i quali mancano in questa sede di effettiva realizzazione. Basti pensare al riconoscimento, in capo all'organo dell'accusa, del ruolo di principale, sebbene oggi non più unico, protagonista all'interno della fase esecutiva, con l'attribuzione allo stesso del potere di emanare l'ordine d'esecuzione e di altri rilevanti poteri "paragiurisdizionali"¹³¹; alla mancata valorizzazione dell'intervento dell'interessato detenuto o internato in un istituto penitenziario posto al di fuori della giurisdizione del giudice procedente nei procedimenti d'esecuzione e di sorveglianza, nelle cui sedi la sua partecipazione è prevista come meramente eventuale¹³²; all'esclusione degli « altri

¹³¹ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 15 ss. e 162 ss.; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 574, la quale sottolinea come « la scelta di conferire al giudice dell'esecuzione la competenza ad emanare, anche *de plano*, l'ordine di esecuzione avrebbe il pregio di preservare il requisito di terzietà dell'organo emanante il provvedimento »; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 8 ss. e 86 ss.; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 6 e 12; A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 637; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 137; EAD., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 316.

¹³² Sui limiti della normativa in punto di partecipazione dell'interessato all'udienza camerale, si rinvia, *infra*, cap. 3, § 2.

che vi abbiano interesse » (art. 630 comma 1 c.p.p. 1930) dal novero dei soggetti legittimati a partecipare all'udienza camerale ai sensi degli art. 666 comma 4 c.p.p.¹³³; alla declaratoria d'inammissibilità della richiesta d'attivazione dei suddetti procedimenti, per la quale il giudice procede *inaudita altera parte*, sentito il p.m.¹³⁴; nonché alla previsione di un contraddittorio “meramente cartolare” in sede di controllo di legittimità¹³⁵.

Senza dimenticare le perplessità suscitate dai procedimenti c.d. atipici, che vedono protagonisti sia il giudice dell'esecuzione sia la magistratura di sorveglianza. Soprattutto dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 111 Cost., la dottrina si è posta il problema della compatibilità della procedura *de plano* di cui all'art. 667 comma 4 c.p.p. con la norma costituzionale in esame, nella parte in cui il predetto articolo prescrive che « ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti », posto che nel procedimento semplificato la “pienezza” del contraddittorio è riaffermata in via soltanto eventuale e *a posteriori* con la proposizione dell'opposizione di parte alla decisione resa senza formalità¹³⁶.

Anche sul versante dell'esecuzione penitenziaria, desta sospetti d'illegittimità costituzionale l'archetipo di reclamo semi-giurisdizionalizzato in materia penitenziaria, di cui all'art. 14-*ter* ord. penit.¹³⁷. Tale procedura non

¹³³ Sulla questione, v., *infra*, cap. 3, § 2.

¹³⁴ V., *infra*, cap. 2, § 5.

¹³⁵ V., *infra*, cap. 5, § 2.

¹³⁶ Per gli opportuni approfondimenti, v., *infra*, cap. 6.

¹³⁷ L'unificazione sotto la medesima procedura dei procedimenti di sorveglianza e d'esecuzione, condotta dal legislatore del 1988 sulla base delle prescrizioni contenute nella legge-delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura

prevede, infatti, un contraddittorio “pieno”: l’udienza camerale si svolge con la sola partecipazione necessaria del difensore dell’interessato e del p.m., mentre all’interessato e all’amministrazione penitenziaria – con una soluzione che oggi stride, evidentemente, sia con le garanzie di « giurisdizionalità nella fase dell’esecuzione della pena » imposte dalla legge-delega del 1987 per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale, sia con il predetto principio del contraddittorio sancito nell’articolo 111 comma 2 Cost. – è concesso di prospettare il loro punto di vista soltanto mediante la

penale è stata concretizzata – come già messo in luce – mediante la collocazione della disciplina del rito di sorveglianza nel nuovo codice di procedura penale (art. 678 c.p.p.), con la previsione che tribunale e magistrato di sorveglianza procedano a norma dell’art. 666 c.p.p. Siffatto processo di armonizzazione procedurale non ha riguardato, però, le preesistenti disposizioni in tema di reclamo. Al momento dell’entrata in vigore del nuovo codice, il reclamo *ex art. 14-ter* ord. penit. e le altre procedure *de plano* di cui agli art. 35 e 30-*bis* ord. penit., contenute nella legge penitenziaria sono state fatte salve in virtù dell’art. 236 comma 2 norme coord. c.p.p., secondo cui « nelle materie di competenza del tribunale di sorveglianza continuano ad osservarsi le disposizioni processuali della l. 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-*bis* del titolo II della stessa legge ». Per un esame attento della portata dell’art. 236 norme coord. c.p.p., v. A. PRESUTTI, sub *art. 236 norme coord. c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO - O. DOMINIONI, *App.*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1990, p. 238 ss.; G. SPANGHER, *Tra vecchio e nuovo processo penale: norme di coordinamento e disciplina transitoria*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di A. Gaito, Padova, 1989, p. 147 ss.

presentazione di memorie scritte (art. 14-ter comma 3 ord. penit.)¹³⁸.

L'articolo 111 comma 2 Cost. si chiude col riconoscimento, a livello costituzionale, del principio della "ragionevole durata" del processo. Ora, posto che le decisioni emesse in sede esecutiva incidono, anche profondamente, sui diritti di libertà (personale e patrimoniale) dell'individuo, nonché sulla stessa funzione assegnata alla pena, tale principio non può non porsi come garanzia oggettiva dei procedimenti esecutivi¹³⁹. Il suo rispetto diviene fondamentale soprattutto con riguardo alla giurisdizione rieducativa, laddove si tratta di manipolare con una certa tempestività, di pari passo con l'evoluzione nel tempo della personalità del condannato (o internato), il trattamento sanzionatorio. Onde consentire la concreta attuazione del principio *de quo*, sarebbe, però, opportuna l'introduzione nella disciplina esecutiva di termini perentori entro cui deve intervenire la statuizione del giudice.

I rilievi fatti fin qui denotano chiaramente l'esigenza di un'opera di revisione normativa della materia dell'esecuzione penale, sotto il profilo delle garanzie difensive, e appaiono tanto più gravi ove si consideri che i

¹³⁸ Peraltro, sotto il profilo dell'effettività del diritto di difesa, si deve dare atto che la Corte costituzionale (sent. 12 aprile 1990 n. 188, in *Cass. pen.*, 1991, p. 381) ha ritenuto che l'esclusione del diritto dell'interessato di presenziare all'udienza, imposta *ex* articolo 14-ter ord. penit., non violi il diritto di difesa dell'interessato (le cui modalità di esercizio sono rimesse alla discrezionalità del legislatore), al quale è assicurata, comunque, la difesa tecnica da parte del difensore.

¹³⁹ In questo senso, A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 13.

canoni di cui all'art. 111 comma 2 Cost., testé richiamati, sono di portata generale, ponendosi quale contrassegno imprescindibile di ogni giurisdizione, compresa, pertanto, anche quella *in executivis*.

10. Segue: la trasposizione nella fase *post rem iudicatam* dei principi espressi ai commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. – Problematica, ad una prima lettura della norma, appare, invece, l'opera di trasposizione nella sede *de qua* dei principi contenuti nell'art. 111 commi 3 e 4 Cost., laddove si parla, *expressis verbis*, di “persona accusata” e di “imputato”, termini che richiamano, infatti, la sola fase della cognizione.

Dunque, nessun riferimento è fatto, all'interno di queste disposizioni, alla figura del “condannato” o al periodo esecutivo in generale, ciò denotando, almeno sul piano della costruzione della norma costituzionale, « l'assoluta mancanza di considerazione del legislatore per l'intervenuto processo di giurisdizionalizzazione delle dinamiche processuali attivabili in questa fase »¹⁴⁰. Di talché, il trasferimento dei contenuti di cui all'art. 111 commi 3 e 4 Cost. *in executivis* dovrà essere operato cercando, se necessario, un punto di equilibrio, in coerenza

¹⁴⁰ *Ad litteram*, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 573 per la quale « [n]on resta che prendere atto che ci troviamo di fronte ad un testo che, se in ragione della portata generale dei principi espressi nei primi due commi, può indurci ad affermare che i canoni del ‘giusto processo’ sono applicabili anche all'esecuzione penale, quando poi si tratta di adattare a tale fase un complesso di garanzie specifiche che lo caratterizzano, questa operazione è resa difficile dal fatto alcune di queste garanzie vengono specificamente riferite al solo processo penale di cognizione ».

con l'oggetto, le finalità e la funzionalità allo scopo degli accertamenti in sede esecutiva.

L'articolo 111 comma 3 Cost. riconosce alla "persona accusata" una serie di garanzie, le quali sembrano avere rilevanza soltanto nell'ambito del processo di cognizione, in cui si configura una vera e propria contrapposizione dialettica tra le parti¹⁴¹. È così, di regola, anche nel procedimento d'esecuzione. Nel rito di sorveglianza, invece, quelle stesse garanzie sembrerebbero non adattarsi. La finalità rieducativa (art. 27 comma 3 Cost.) alla quale è rivolto questo procedimento, infatti, lungi dall'implicare sempre una schermaglia dialettica tra le parti, ne postula spesso la convergenza d'interessi: vale a dire, la rieducazione e il conseguente reinserimento sociale del condannato (o internato). Progressivamente, però, l'oggetto del procedimento si è dilatato fino a ricomprendere ipotesi che esulano dal profilo rieducativo *tout court*: infatti, « da mero strumento di verifica ovvero di prognosi della risocializzazione del condannato il rito si atteggia oggi a strumento di individuazione del trattamento sanzionatorio più adeguato al caso specifico in considerazione di una molteplicità di situazioni che attengono sì alla personalità del soggetto ma anche alla sua condotta meramente fattuale, alle sue condizioni di salute, ecc. »¹⁴². Ecco, allora, che, in ipotesi del genere, il procedimento di sorveglianza viene ad assumere una

¹⁴¹ Cfr. A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 243, per il quale l'espressione "persona accusata" « appare difficilmente riferibile al condannato con sentenza definitiva che non può essere considerato semplicemente come "accusato di un reato" ».

¹⁴² Ancora, testualmente, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 574.

configurazione “conflittuale” del tutto simile a quella propria dei procedimenti sopra richiamati, conseguentemente necessitando che all’interessato esecutato siano riconosciute le garanzie di cui all’art. 111 comma 3 Cost., allo scopo di rafforzare, anche in tale sede, il diritto di difesa, riconosciuto come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento dall’art. 24 comma 2 Cost.¹⁴³. La valenza di tali disposizioni *in executivis* sembra essere confermata, inoltre, dalla possibilità del difensore di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore dell’assistito, laddove l’art. 327-*bis* c.p.p. prevede che tale facoltà « p[ossa] essere attribuita [...] in ogni stato e grado del procedimento, nell’esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione ».

In chiusura dell’art. 111 comma 3 Cost. si dispone, infine, che la persona “accusata” « sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo », all’evidente scopo di garantire un’effettiva partecipazione dell’imputato allo sviluppo

¹⁴³ Cfr., *ex multis*, A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., p. 216 ss.; A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza “tipo” e art. 111 della Costituzione*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2004, p. 4; A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 243, secondo il quale, invece, la previsione contenuta nel l’art. 111 comma 3 Cost. non può essere riferita alla fase esecutiva. L’A., peraltro, riconosce che se « il “titolo esecutivo” concernesse l’esecuzione di un provvedimento emesso in una fase incidentale del procedimento principale di cognizione pendente nei confronti della persona accusata di un reato e cioè dell’imputato, allora quest’ultimo, anche nel procedimento di esecuzione, dovrebbe godere delle garanzie minime sancite [nella disposizione in esame] ».

della sequenza procedimentale. L'estensibilità ai procedimenti esecutivi di quest'ultima disposizione non è in discussione, discendendo direttamente dal riconoscimento, in capo all'imputato/esecutato, del diritto a essere informato della natura e dei motivi dell'"accusa" – nonostante manchi nella sede *de qua* un'accusa in senso stretto – nonché, più in generale, dal diritto di difesa costituzionalmente garantito in ogni stato e grado del procedimento. Del resto, già la Corte Costituzionale nella sentenza n. 10 del 1993, aveva potuto riconoscere, anche alla luce delle convenzioni internazionali (art. 6 comma 3 lett. *a* Conv. eur. dir. uomo e art. 14 comma 3 lett. *a* Patto intern. dir. civ. pol.), il diritto della persona nei cui confronti si procede ad essere informato in una lingua a lui nota del contenuto di tutti gli atti processuali a lui indirizzati, sia scritti che orali¹⁴⁴. Il principio affermato dal

¹⁴⁴ Cfr. Corte cost., sent. 12 gennaio 1993 n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, p. 52, ove si esplicita che « l'art. 143, primo comma, c.p.p. va interpretato come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano, quali il tipo di atto cui la persona sottoposta al procedimento deve partecipare ovvero il genere di ausilio di cui la stessa abbisogna ». Una diversa lettura dell'art. 143 c.p.p. che non riconoscesse all'interessato alloglotto l'assistenza di un interprete, di conseguenza, si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con gli art. 3, 24 commi 2 e 3 e 111 comma 3 Cost. In dottrina, cfr., per tutti, A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 14-15; e, anche più in generale, in argomento, P.P. RIVELLO, *La struttura, al documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, X.1, Milano, 1999, p. 217 ss.; G. UBERTIS, sub *art. 143 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di*

Giudice delle leggi è stato recepito, fin da subito, dalla Corte di cassazione, che, a sua volta, ha saputo valorizzare la forza espansiva dell'art. 143 c.p.p., fino ad estenderne la portata agli atti della giurisdizione esecutiva, in relazione alla quale ha finalmente riconosciuto che « essendo legislativamente prevista per l'interessato la possibilità di provocare un controllo sulla legittimità del titolo esecutivo, è necessario assicurare a colui che ignora la lingua italiana la comprensione degli atti volti a realizzare la pretesa punitiva dello Stato, affinché possa utilizzare le garanzie

procedura penale, diretto da E. Amodio – O. Dominioni, II, Milano, 1989, p. 141 ss.

Sul punto, cfr. anche la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 20 ottobre 2010 (2010/64/UE, pubblicata in *G.U.U.E.*, l. 280, del 26 ottobre 2010, p. 1 ss.), il cui art. 1 prevede che il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo « si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso » (in merito, V. BAZZOCCHI, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 1042 ss). Tale direttiva dovrà essere recepita da tutti gli Stati dell'U.E. entro il 27 ottobre 2013.V., inoltre, la Proposta di direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, del 20 luglio 2010 (COM/2010/392 def.).

tipiche della giurisdizione anche in tale momento del procedimento a suo carico »¹⁴⁵.

Ripercussioni nella sede *de qua* ha, altresì, il principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 comma 4 Cost.; cfr. direttiva n. 96 legge-delega 1987)¹⁴⁶. La circostanza che la giurisdizione esecutiva e di sorveglianza siano, sempre più, chiamate a statuire anche su questioni di merito, dimostra l'assoluta necessità di garantire nel contesto delle procedure attivabili nei loro rispettivi ambiti, un effettivo contributo delle parti in materia probatoria. Oggi, infatti, le competenze del giudice dell'esecuzione vanno al di là della mera verifica formale

¹⁴⁵ Così, Cass., sez. VI, 8 marzo 1995, Tounsi, in CED, n. 201441; più di recente, Cass., sez. I, 6 maggio 2010, M.M., in *Cass. pen.*, 2011, p. 1850. In dottrina, v. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 144. Sulla lingua nel processo penale, fra gli altri, v. E. APRILE, *Sulle conseguenze dell'omessa traduzione del decreto di citazione a giudizio dell'imputato alloglotta*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3916 ss.; S. MELONI, *Niente di nuovo sul fronte della traduzione degli atti in ambito processuale: una storia italiana*, ivi, 2010, p. 3683 ss.; S. MORASCO, *Imputato alloglotta e traduzione dell'ordinanza di custodia cautelare ex art. 27 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1213 ss.; P.P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., p. 253; D. VIGONI, *Minoranze, stranieri e processo penale*, in *Giur. sistematica di diritto processuale penale*, 1995, p. 380 ss.

¹⁴⁶ In merito, v., tra gli altri, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 581-582; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 487; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 246-247; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 218-220. Sul procedimento probatorio *in executivis*, approfonditamente, v., *infra*, cap. 4.

dell'esistenza o della validità del titolo, fino a prevedere forme di controllo anche sul merito del provvedimento irrevocabile; lo stesso discorso vale per la magistratura di sorveglianza, le cui decisioni, nelle materie di sua competenza, si fondano, nella gran parte dei casi, su elementi di fatto. Ne deriva, allora, la necessità di riconoscere alle parti un'adeguata attività probatoria, nel contesto della quale il loro diritto di difendersi provando deve essere inteso anche come garanzia oggettiva, che impone il contraddittorio quale migliore strumento di conoscenza possibile. È allo stesso tempo evidente, però, che l'operatività di tale garanzia andrà pur sempre intesa in senso peculiare, in ragione delle caratteristiche della fase in cui essa opera e dei poteri riconosciuti dalla legge ai giudici *de quibus* in tema di assunzione del materiale probatorio, ciò nell'ottica di assicurare la ragionevole durata del procedimento, in vista della quale opera la semplificazione delle procedure *in executivis*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ In proposito, per tutti, cfr. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 573-574; F. DELLA CASA, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, cit., p. 141 ss., ad avviso del quale, però, l'incidenza dell'art. 111 comma 4 Cost. *in executivis* si deve ritenere limitata a quei procedimenti di sorveglianza che in qualche modo ricalcano la logica del procedimento di cognizione, quali, ad esempio, quelli aventi ad oggetto, rispettivamente, la revoca di un beneficio penitenziario e l'applicazione, la trasformazione e la revoca di una misura di sicurezza. *Contra*, tuttavia, v. A. PENNISI, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, cit., p. 97; A. PRESUTTI, *Il giudicato penale tra principi costituzionali e convenzioni internazionali*, *Atti incontro di studio promosso dal C.S.M.*, Roma, 2004, p. 4-5, secondo cui il principio del contraddittorio nella formazione della prova resterebbe estraneo alle procedure esecutive, posto che « se lo si intende nel senso fatto

11. La progressiva tendenza del sistema processuale-penale a evolvere in una struttura a doppia pronuncia. Prospettive *de iure condendo*. – La possibile evoluzione del nostro processo penale in un sistema bifasico è oggetto di un dibattito dottrinale, che risale ormai agli anni sessanta¹⁴⁸. A indurre parte della dottrina

proprio dalla previsione costituzionale, va riferito alla prova per l'accertamento della responsabilità, vale a dire per condannare o per assolvere. Del resto, nemmeno tutte le sequenze procedurali della fase di cognizione sono calibrate su questa accezione del concetto di contraddittorio e nessuno dubita della costituzionalità di tali procedure incidentali (sulla misura cautelare, intercettazione telefonica, ricusazione, rimessione) o di snodi processuali (archiviazione, udienza preliminare, incompetenza) la cui decisione è adottata al di fuori della elaborazione dialettica della prova ».

¹⁴⁸ “*La divisione del processo penale in due fasi*”, fu uno dei temi affrontati dal X Congresso Internazionale di Diritto penale, svoltosi a Roma dal 29 settembre al 5 ottobre 1969: al Colloquio preparatorio tenutosi a Stoccolma, nei giorni 29 e 30 agosto 1968, l'Italia partecipò con una Relazione del Prof. G. CONSO dal titolo “*Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo in due fasi*”, che può leggersi in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 706 ss.; in argomento, inoltre, v. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 270 ss.; P. CAMASSA, *Il processo bifase per una giustizia moderna*, in *Riv. pen.*, 1970, p. 640; F. GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giust. pen.*, I, 1976, c. 161 ss.; F. GRAMATICA, *Nuove visioni del processo penale. Il processo in « due fasi »*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, cit., p. 867 ss.

Sul tema, dopo la riforma del codice di rito, v., in particolare, P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, 2000, p. 105 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 12 ss.; G. DI GENNARO, *Giudicato penale ed esecuzione flessibile*, cit., p. 252-253; A.

italiana di allora – che recepiva le istanze emergenti a livello internazionale in quegli anni – a guardare con favore al modello di rito in questione era stata la consapevolezza delle disfunzioni insite nel sistema penale-processuale tradizionale. Si rilevava come all'interno di un processo incentrato su un accertamento giudiziale comprensivo del momento commisurativo della sanzione, il giudizio sul fatto-reato e sulla responsabilità tendesse, quasi inevitabilmente, a sovrastare il giudizio sull'uomo, motivo per il quale sorgevano, nella prassi, difficoltà per il giudice nel soddisfare pienamente l'esigenza di un compiuto esame della personalità dell'imputato ai fini dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Ciò dipendeva sostanzialmente da due fattori: per un verso, l'insufficienza degli indici di commisurazione della pena

GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 892 ss.; L. KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 391 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 80 ss.; A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1990, c. 637; ID., *Per una strutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 13, p. 10; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1161 ss. Per una ricostruzione complessiva degli orientamenti dottrinali in tema di processo bifasico e per alcuni spunti *de iure condendo*, v., in particolare, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 19 ss.

ex art. 133 c.p.; per l'altro, e soprattutto, la severità draconiana del nostro codice penale¹⁴⁹.

Invero, il problema sembrava poter trovare soluzione nel processo bifase, sul modello del *sentencing* nordamericano¹⁵⁰. In base a questa impostazione, il giudice del processo, una volta accertato il fatto di reato e la responsabilità del suo autore, avrebbe potuto fissare, laddove richiesto dalle circostanze e dalla complessità del caso, una nuova udienza nella quale procedere a un giudizio separato sulla personalità e sulla pericolosità del condannato ai fini della determinazione della sanzione, anche, eventualmente, attraverso il ricorso alle indagini sulla personalità. In questi casi, la doppia pronuncia avrebbe consentito di eliminare completamente i rischi di violazione della libertà fisica e morale dell'autore del fatto-reato, in quanto gli accertamenti personologici sarebbero stati condotti soltanto dopo quello relativo alla responsabilità¹⁵¹.

Eppure, la prima legge-delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale del 1974, attraverso il suo richiamo alla « giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena [...] » (art. 2, dir. n. 79), si era assestata nel

¹⁴⁹ In proposito, cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 25 ss.

¹⁵⁰ In merito, cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Lineamenti del processo penale*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio - M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. 72; R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense*, Torino, 2009; G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, p. 200 ss.

¹⁵¹ Cfr., per tutti, G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo in due fasi*, cit., p. 706 ss.

solco della tradizione, presupponendo la direttiva appena citata una pena già determinata nei suoi limiti qualitativi e quantitativi da parte del giudice della cognizione ed escludendo, conseguentemente, che il giudice *in executivis* potesse determinarla *ab initio*¹⁵². Su questa scia, il legislatore delegato, che pure aveva previsto la specifica possibilità di una riapertura del dibattimento al fine di procedere a perizia criminologica¹⁵³, confermava il modello monofase di processo nel successivo progetto preliminare del 1978. La disciplina della continuazione prevista dall'art. 632 prog. prel. non lasciava dubbi al riguardo: infatti, la norma prevedeva che la modificazione quantitativa derivante dall'applicazione del regime punitivo del reato continuato e del concorso formale dovesse avvenire pur sempre sulla base della pena irrogata nella fase del giudizio di cognizione, escludendosi, con ciò, che la sanzione potesse essere individuata, per la prima volta, dal giudice dell'esecuzione¹⁵⁴.

¹⁵² In questo senso, tra gli altri, cfr. F. CORBI, *l'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 42 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 13; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 84; P. PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, cit., p. 29 ss. Per un'interpretazione, per così dire, "neutrale" della direttiva *de qua*, v. F. GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, cit., p. 162. Secondo l'A., infatti, la legge-delega del 1974 non aveva preso posizione sulla possibilità di costruire il processo penale in due fasi.

¹⁵³ Cfr. art. 518 prog. prel. 1978, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, cit., p. 1182.

¹⁵⁴ In questo senso, per tutti, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 43.

La successiva legge-delega del 1987, invece, sembrava non vincolare il legislatore delegato negli stessi termini della precedente, lasciandolo anzi libero di scegliere circa la possibilità o meno di costruire il processo secondo il predetto modello bifase¹⁵⁵. Per una parte della dottrina, contrariamente alle indicazioni scaturenti dalla legge-delega del 1974 e dal progetto preliminare del 1978, quest'ultima non aveva preso posizione sulla questione¹⁵⁶. Invero, la direttiva n. 96 imponeva soltanto di introdurre *in executivis* le « garanzie di giurisdizionalità [...] con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza », con questo dimostrando, pertanto, di non fare « alcun espresso riferimento alla necessaria previa esistenza di un provvedimento del giudice della cognizione che stabilis[se] specie e quantità della pena »¹⁵⁷. In sostanza, secondo questa interpretazione, il legislatore delegato era rimasto libero, all'epoca, di scegliere se affidare al giudice della fase esecutiva il compito di manipolare, con i suoi provvedimenti, una pena già fissata dal giudice della cognizione o, piuttosto, quello di provvedere alla sua iniziale determinazione.

¹⁵⁵ Cfr., ancora, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 47. Di parere contrario, nel senso che la legge-delega del 1987 avesse inteso escludere qualsiasi apertura verso la configurazione di un modello bifasico in senso stretto, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 13; V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987*, cit., p. 58.

¹⁵⁶ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 46.

¹⁵⁷ Così, ancora F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 46; *contra*, tuttavia, v. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 12.

Sennonché, il legislatore tecnico ha ripetuto la scelta fatta nella legge-delega del 1974 e nel progetto preliminare del 1978, optando – con eccessiva prudenza – per il modello tradizionale di giudizio – per il quale spetta al medesimo giudice del fatto e della responsabilità di decidere, contestualmente, anche il profilo sanzionatorio – e dimostrando così di trascurare le pure importanti novità che, nel frattempo, avevano interessato il fronte dell'esecuzione penitenziaria, nel cui ambito, mediante la miniriforma del 1986¹⁵⁸, si apriva, per la prima volta, la strada alla possibilità di rimodulare la pena prima ancora dell'inizio della sua esecuzione¹⁵⁹.

Non sorprende, quindi, che all'indomani dell'introduzione del codice di procedura del 1988, la dottrina abbia manifestato più di una perplessità circa una compiuta realizzazione della riforma processuale, non mancando di sottolineare, infatti, come « sarebbe stato certamente più coerente con “i caratteri del sistema accusatorio” [...] esonerare il giudice della cognizione da ogni incombenza relativa alla determinazione della pena »¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Trattasi della legge 10 ottobre 1986 n. 663, “*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”.

¹⁵⁹ Per le critiche alla scelta, ritenuta sostanzialmente riduttiva, del legislatore delegato del 1988, cfr. P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 128 ss.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 45 ss.; A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 637.

¹⁶⁰ Così, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 410, il quale sottolinea come « sembra aver pesato sulla scelta finale la mancanza di un adeguato dibattito

In quest'ultima prospettiva, è stato caldeggiato, *pro futuro*, l'inserimento nell'ordinamento giuridico, di un processo di tipo bifasico, nel quale la commisurazione della sanzione sia effettuata soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, con delega di tale compito a un diverso giudice che vi dovrebbe provvedere prima dell'apertura della fase esecutiva. Nello specifico, l'organo competente sarebbe individuabile nel tribunale di sorveglianza, operante nella veste di "tribunale della pena", al quale sarebbe devoluta ogni questione attinente i profili del titolo esecutivo e l'esecuzione della pena e, in relazione a quest'ultima, anche affidato il precipuo compito di determinarne, *ab inito* e autonomamente, l'entità¹⁶¹.

Un processo penale così strutturato consentirebbe, secondo i suoi sostenitori, una più rigorosa valutazione dei contenuti della sanzione penale con riferimento alla personalità del condannato, in stretta aderenza al principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 3 Cost., che come già la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di

culturale in ordine a un'innovazione di portata rivoluzionaria rispetto alla nostra tradizione ».

¹⁶¹ Sul punto, cfr. P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 131, secondo la quale « la sua composizione mista (giudici togati ed esperti del settore del trattamento) sarebbe, infatti, in grado di assicurare alle questioni trattate il necessario approccio personologico, e ben potrebbe essere messa a frutto l'esperienza maturata fino ad oggi nella gestione di queste specifiche problematiche »; A. MIELE, *Per una strutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 13, p. 10; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, cit., p. 1161.

precisare¹⁶², deve ammantare di sé la pena fin dal momento della comminatoria¹⁶³.

Peraltro, si deve dare atto di come nel più recente progetto di riforma del codice di procedura penale, vale a dire il disegno di legge-delega Riccio¹⁶⁴, una soluzione di questo tipo sia stata alla fine accantonata – come si può leggere nella relativa Relazione di accompagnamento – per tutta una serie di motivi, quali, anzitutto, « 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 ». Inoltre, nella stessa sede sono state avanzate 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 »¹⁶⁵. Il progetto di

¹⁶² Cfr. Corte cost., sent. 26 giugno 1990 n. 313, in *Cass. pen.*, 1990, p. 221 ss.; Corte cost., sent. 25 maggio 1989 n. 282, in *Giur. cost.*, p. 1291 ss.

¹⁶³ Cfr. P. COMUCCI, *Attualità del modello bifasico*, cit., p. 105 ss.; A. GAITO, *Poteri di integrare il merito « post rem iudicatam »*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1317 ss.; A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 637.

¹⁶⁴ La Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, presieduta dal Prof. Riccio, si era insediata nell'agosto 2006.

¹⁶⁵ Cfr. la Relazione di accompagnamento al disegno di legge-delega Riccio, nella quale si mette poi in risalto come « la proposta in discussione sembri nascere dalla convinzione che il

riforma suddetto, pur prevedendo l'istituzione di un organo giurisdizionale unico e specializzato per la fase esecutiva, il c.d. "giudice della pena", gli assegna, riduttivamente, la competenza a « conoscere dell'esecuzione delle pene », confermando, in questo modo, l'opzione tradizionale che

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, 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 ». Per una differente strutturazione dei compiti da assegnare, rispettivamente, al giudice della cognizione e al giudice della pena, volta a superare i limiti di cui immediatamente *supra*, nel testo, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 21-22, secondo i quali si potrebbe prevedere, *de iure condendo*, « che il giudice della cognizione debba non soltanto accertare la responsabilità dell'imputato, ma anche misurare, con le forme e le garanzie della giurisdizione cognitiva, un grado oggettivo di colpevolezza del reo destinato a segnare *il limite massimo invalicabile* nella commisurazione della pena [...]: senza occuparsi affatto – non avendone gli strumenti, e comunque, non avendone motivo – delle prospettive di recupero sociale del condannato. La definitiva commisurazione della pena e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio andrebbero invece effettuate in sede esecutiva, alla luce della ricostruzione del fatto operata dal giudice della cognizione ma con le forme, i contenuti, le garanzie proprie della giurisdizione rieducativa [...] ».

affida al giudice della cognizione la determinazione iniziale del trattamento sanzionatorio¹⁶⁶.

Ad ogni modo, la graduale attribuzione ai giudici della giurisdizione esecutiva di competenze tipiche del giudizio che incidono, anche in modo rilevante, sul giudicato, sia sotto i profili legati all' eseguibilità del titolo sia a quelli attinenti alla determinazione della pena operata in cognizione, rivela già, seppure indirettamente, la tendenza a evolversi dell'attuale sistema verso un processo bifase¹⁶⁷. Ecco, allora, che la scelta trasfusa nel codice di rito del 1988 appare oggi, per molti aspetti, limitativa. Anzi, alla luce delle competenze che la vigente normativa codicistica e penitenziaria assegna ai giudici *in executivis*, può tranquillamente sostenersi che la scelta fatta, a suo tempo, dal legislatore tecnico del 1988 è ormai ampiamente superata.

Si pensi alla competenza del giudice dell'esecuzione in tema di continuazione e concorso formale di reati di cui all'art. 671 c.p.p., laddove è previsto che, nei casi di procedimenti penali contro la stessa persona, aventi ad oggetto fatti di reato uniti dal "medesimo disegno criminoso", il giudice dell'esecuzione possa procedere a un *supplementum iudicii* sul giudicato, al fine di ridurre il *quantum* della pena proporzionalmente alla minore gravità manifestata con la medesimezza del disegno criminoso. In tali casi, è possibile che si realizzi uno scarto anche

¹⁶⁶ Cfr. disegno di legge-delega Riccio, dir. n. 107.

¹⁶⁷ Per tutti, cfr. P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 130; A. GAITO, *Poteri di integrare il merito* "post rem iudicatam", cit., p. 1322; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 483; G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p. 43.

notevole rispetto a quanto deciso in cognizione. L'unica condizione sottesa a quest'operazione è data dalla circostanza che la continuazione « non sia stata esclusa dal giudice della cognizione »¹⁶⁸. Gli interventi manipolativi del giudice dell'esecuzione sul titolo esecutivo riguardano anche altre ipotesi, quali il riconoscimento dei benefici della sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 671 comma 3 c.p.p.), la revoca della sentenza per abolizione del reato (art. 673 c.p.p.) e l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto (art. 672 c.p.p.).

Il settore in cui risulta più evidente l'assimilazione della fase esecutiva alla fase della cognizione è, però, quello della magistratura di sorveglianza, in materia di misure di sicurezza personali (art. 679 c.p.p.) e, soprattutto, di misure alternative alla detenzione (art. 678 c.p.p.). Per quanto riguarda le prime, la loro applicazione, com'è noto, è subordinata all'accertamento, da parte del suddetto giudice, della pericolosità del soggetto cui devono essere applicate, quand'anche risultassero essere già state disposte dal giudice della cognizione. Nel qual caso, la decisione del magistrato di sorveglianza prevale su quella dell'altro giudice¹⁶⁹.

Altrettanto incisivi, sono i poteri in tema di applicazione delle misure alternative, soprattutto all'esito delle riforme che, dalla metà degli anni ottanta a oggi,

¹⁶⁸ Sull'applicazione dell'istituto *de quo* in fase esecutiva, cfr., per tutti, G. VARRASO, *Il reato continuato: tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 357 ss.

¹⁶⁹ In seguito all'abrogazione dell'art. 204 c.p., operata con l'art. 31 l. n. 663 del 1986, « tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa ».

hanno interessato la loro disciplina, comportandone il progressivo disancoramento dal carcere¹⁷⁰. La l. n. 663 del 1986, c.d. “Legge Gozzini”¹⁷¹ – primo consistente e organico intervento legislativo di riforma sull’impianto

¹⁷⁰ L’impianto normativo originario delle misure alternative, introdotto con la legge penitenziaria del 1975, prevedeva che il condannato iniziasse regolarmente l’espiazione di pena e che soltanto nel corso di essa l’organo di sorveglianza (sezione), sulla base dei risultati dell’osservazione, ne valutasse la concedibilità. Cfr. Corte cost., sent. 22 dicembre 1989 n. 569, in *Giur. cost.*, p. 2619 ss., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47 comma 3 ord. penit., così come modificato dall’art. 11 della l. n. 663 del 1986, « nella parte in cui non prevede[va] che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato po[tesse] essere ammesso all’affidamento in prova al servizio sociale se, in presenza delle altre condizioni, a[vesse] serbato un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al precedente comma 2 dello stesso articolo ».

¹⁷¹ La legge in esame realizza una più razionale e completa giurisdizionalizzazione della fase esecutiva penitenziaria, procedendo, da una parte, all’unificazione delle procedure esecutive relative all’applicazione delle misure alternative, alla liberazione condizionale, al rinvio obbligatorio o facoltativo dell’esecuzione della pena, alla remissione del debito, ai ricoveri di cui all’art. 148 c.p. e alle misure di sicurezza, in un unico rito davanti al magistrato e al tribunale di sorveglianza, ossia il procedimento di sorveglianza; e, dall’altra, alla differenziazione procedurale per la trattazione di talune materie, con l’introduzione della procedura giurisdizionale semplificata di reclamo *ex art. 14-ter* ord. penit., applicabile avverso i provvedimenti in materia di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* ord. penit.), di mancato computo del periodo di permesso o di licenza (art. 53-*bis* ord. penit.), nonché in materia di mercedi e disciplina carceraria (art. 69 comma 6 ord. penit.).

originario della legge penitenziaria¹⁷² – proprio nell’attuare un deciso ridimensionamento del carattere meramente custodiale del carcere, anche al fine di ridurre la popolazione dei detenuti, ha introdotto, infatti, la possibilità, per il condannato in stato di libertà, di accedere a determinate misure alternative per pene medio-brevi (affidamento in prova, semilibertà e detenzione domiciliare), senza previo periodo di detenzione. In seguito, la legge 27 maggio 1998 n. 165, c.d. “Simeone-Saraceni”¹⁷³, introdurrà un nuovo art. 656 c.p.p., rendendo automatico tale meccanismo, allo scopo di consentire una maggiore accessibilità ai predetti benefici alle fasce più deboli di condannati, impossibilitati, spesso, a garantirsi un’adeguata difesa tecnica nel corso dell’esecuzione penitenziaria. A seguito di quest’ultimo intervento legislativo, il comma 5 della norma *de qua* prevede, oggi, che il p.m. sospenda d’ufficio, sussistendone i presupposti di legge, l’emissione dell’ordine di esecuzione, con facoltà per il condannato di proporre istanza per la concessione di misura alternativa, senza previo passaggio per il carcere.

¹⁷² In argomento, cfr. P. COMUCCI, *La riforma penitenziaria: una risposta ad alcuni problemi irrisolti*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 472 ss.; G. FLORA, *Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario*, L. 10 ottobre 1986, n. 663, Milano, 1987.

¹⁷³ ... intitolata “Modifiche all’articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni”. In merito, v. A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in EAD., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, p. 27 ss.; V. TUFANO, *Legge Simeone e sospensione dell’esecuzione: primi passi in un nuovo accidentato percorso interpretativo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3167 ss.

La decisione sul merito è di competenza del tribunale di sorveglianza, che si trova dunque, non a modificare una pena già fissata in cognizione, ma addirittura a determinarla, esso stesso, *ab initio*, sotto il profilo qualitativo. Oltretutto, posto che il condannato – come detto – si trova a presentare richiesta di beneficio senza alcun assaggio di pena, i criteri valutativi a disposizione del giudice per la sua decisione sono desunti, mancando l’osservazione intramuraria, dagli stessi criteri di commisurazione della pena utilizzati dal giudice della cognizione per le sue determinazioni (art. 133 c.p.). Cosicché, in sostanza, quest’ultimo giudice si trova ad applicare una pena che è soltanto “virtuale”, poiché può essere smentita e sostituita poco dopo dalla decisione dell’organo collegiale di sorveglianza di concedere il beneficio. Il tribunale di sorveglianza, dunque, pur competente nel corso dell’esecuzione penitenziaria, viene a svolgere, per questa via, una funzione propria della cognizione, in fase pre-esecutiva¹⁷⁴.

¹⁷⁴ In merito, cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 15; L. KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, cit., p. 394-395. Per una critica al meccanismo sospensivo di cui all’art. 656 comma 5 c.p.p., v. D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 324 ss., per la quale « la somma dei tempi della “messa in esecuzione” – fra il passaggio in giudicato della sentenza e il momento in cui prende avvio la fase esecutiva – e della “decisione definitiva” sulla misura penitenziaria – dal decreto sospensivo fino all’intervento del tribunale di sorveglianza – di fatto vanifica gli stessi obiettivi della riforma, scoprendo disfunzioni simmetriche a quelle che si intendevano eliminare ». Nella stessa sede, in prospettiva *de iure condendo*, l’A. propone quale possibile soluzione « l’elaborazione un modello bifasico “compatto” – innestato cioè subito dopo la decisione sulla

Ad ogni modo, si tratta d'interventi manipolativi sul giudicato, che in nessun caso incidono sui profili inerenti all'accertamento del fatto materiale di reato, né su quelli relativi all'illiceità penale dello stesso – tranne che nel caso di *abolitio criminis ex art. 673 c.p.p.*¹⁷⁵ – o alla responsabilità del suo autore. La decisione del giudice della cognizione sulle questioni attinenti i succitati profili acquista, infatti, l'immutabilità a seguito dell'irrevocabilità della sentenza.

Le considerazioni svolte fin qui testimoniano, dunque, quanto il nostro sistema processuale-penale si stia, lentamente, ma progressivamente aprendo al modello bifase. Si è visto, infatti, come almeno sotto il profilo della modificazione qualitativa della sanzione, il processo

pena da parte del giudice di cognizione [...] », con attribuzione proprio a quest'ultimo del vaglio circa la meritevolezza della misura alternativa e della relativa decisione. Alla magistratura di sorveglianza rimarrebbe comunque affidata, secondo la proposta dell'A., « ogni decisione circa le modalità applicative e le vicende modificative delle misure penitenziarie, una volta che la sentenza acquisti carattere irrevocabile ».

¹⁷⁵ Cfr. Corte cost., sent. 3 aprile 1996 n. 96, in *Giur. cost.*, 1996, p. 882 ss. (con osservazioni di A. GAITO) – che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., sollevata, in riferimento agli art. 3 e 25 Cost. – in cui si esplicita che « [n]el nuovo quadro normativo [...] in concomitanza con i più penetranti poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione ed in puntuale coerenza con il processo di integrale giurisdizionalizzazione di ogni momento di tale fase, governata sulla traccia delle direttive contenute nell'art. 2, numeri 96, 97 e 98 della legge-delega, da un'accentuazione del rilievo del contraddittorio (v. anche la prima subdirettiva dell'art. 2 n. 3 stessa legge-delega) la decisione viene ad incidere direttamente, cancellandola, sulla sentenza del giudice della cognizione ».

bifasico sia, di fatto, già operativo, seppure limitatamente ad alcune ipotesi di condanna a pene medio-brevi, mediante il predetto meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.

Allo stesso tempo, è evidente che la strada verso un processo bifasico “globale”, nei fatti già tracciata, non potrà prescindere, in ogni caso, da una riforma ad ampio raggio dell'attuale sistema penale *lato sensu* inteso, in grado di coinvolgerne sia la parte processuale che quella sostanziale, attraverso una parallela e coordinata riforma dei codici penale e di rito¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Cfr., *ex plurimis*, P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., p. 128 ss., che sottolinea « il mancato collegamento tra ordinamento penitenziario e codice penale ». La riforma del processo penale – prosegue l'A. – presuppone, infatti, « la revisione complessiva del sistema delle pene »; sul punto, v., altresì, F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 481.

CAPITOLO 2

IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE: L'INSTAURAZIONE DEL RITO E LA FASE PRELIMINARE ALL'UDIENZA

SOMMARIO: **1.** L'individuazione del giudice competente per l'esecuzione. – **2.** *Segue:* il divieto d'instaurazione del procedimento *ex officio iudicis*. – **3.** I soggetti legittimati all'avvio del procedimento. – **4.** *Segue:* la presentazione della richiesta. – **5.** Il vaglio preliminare sull'ammissibilità della richiesta. – **6.** La fissazione della data dell'udienza. – **7.** *Segue:* l'avviso della data d'udienza e i suoi destinatari. – **8.** *Segue:* forma e contenuti dell'avviso d'udienza. – **9.** *Segue:* il termine di preavviso. – **10.** *Segue:* le nullità dell'avviso. – **11.** Il deposito delle memorie e degli atti.

1. L'individuazione del giudice competente per l'esecuzione. – Nel sistema delineato nel vigente codice di rito, il legislatore tecnico ha assegnato al giudice dell'esecuzione, nel solco della tradizione, una competenza di tipo funzionale¹, in quanto, ora come allora, questi è

¹ Si tratta di competenza assoluta e inderogabile, per cui il mancato rispetto delle norme sulla competenza dà luogo a nullità *ex art. 178 lett. a c.p.p.*, la quale, pertanto, può essere, non solo eccepita dalla parte interessata, pubblica o privata che sia, senza preclusioni di ordine temporale, ma anche rilevata d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento: cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 4 gennaio 2008, Hincapie Zapata, in CED, n. 240775; Cass., sez. I, 15 febbraio 2006, Marfella, *ivi*, n. 233583; Cass., sez. I, 7

deputato a risolvere, per via giurisdizionale, ma con maggiori garanzie per la difesa dell'interessato, ogni controversia o questione riguardante il titolo esecutivo². E come nel codice abrogato, anche in quello del 1988, è stato previsto in capo a detto giudice, unitamente alla suddetta generica attribuzione, una competenza specifica in relazione a talune materie, espressamente disciplinate³ –

novembre 1998, D'Onofrio, *ivi*, n. 209892. In dottrina, tra gli altri, v. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 219 ss.; A. CONFALONIERI, "Naturalità" e "competenza" del giudice dell'esecuzione, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2061; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 173 ss.; F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, p. 162 ss.; L. FILIPPI, *Sull'individuazione del giudice dell'esecuzione secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it.*, 1991, p. 46; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 411-412.

² Cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, p. 160.

³ In particolare, si tratta di quelle previste dagli art. 670 c.p.p., che attribuisce al giudice dell'esecuzione la competenza a statuire in ordine alle questioni sul titolo esecutivo; 671 c.p.p., in tema di applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato; 669 c.p.p., in materia di applicazione del divieto di *bis in idem in executivis*, nei casi di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona; 672 c.p.p., a proposito dell'applicazione dell'ammnistia e dell'indulto; 673 e 674 c.p.p., in tema di revoca, rispettivamente, della sentenza per abolizione di reato e di altri provvedimenti; 675 c.p.p., in tema di falsità di documenti; 667 e 668 c.p.p., con riferimento all'efficacia soggettiva del titolo esecutivo; 676 c.p.p., infine, relativamente a competenze residuali, specificamente individuate dalla norma. Fuori dal codice di rito, si pensi, altresì, alla competenza *ex art. 74* d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, a proposito dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato.

alcune delle quali, peraltro, sconosciute alla precedente codificazione (si pensi all'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato *ex art. 671 c.p.p.*)

–.

Oggi, però, a differenza del passato, l'intervento giudiziale nella sede *de qua* non si estrinseca più – come già messo in luce nel precedente capitolo⁴ – *incidenter tantum*, nell'ambito di un *iter* amministrativo in cui il giudice statuisce solo eventuali “incidenti”, ove si tratti, cioè, di rimuovere ostacoli alla mera attuazione del giudicato (art. 628 c.p.p. 1930). Nel sistema vigente, il giudice dell'esecuzione è competente, infatti, « a conoscere dell'esecuzione » del provvedimento da eseguire (a norma dell'art. 665 c.p.p.), di talché le sue rinnovate funzioni d'intervento sul titolo si estendono lungo l'intera fase *post rem iudicatam*, nella sua nuova dimensione giurisdizionalizzata.

L'individuazione del giudice *de quo* avviene in base alla regola generale di cui all'art. 665 comma 1 c.p.p., secondo cui la competenza a conoscere dell'esecuzione di un dato provvedimento spetta allo stesso giudice che lo ha deliberato⁵.

Di tale criterio e dei seri dubbi di legittimità costituzionale che esso pone, sotto il profilo dell'imparzialità e terzietà del giudice, si è già avuto modo di dire⁶, dandosi atto, in quell'occasione, di come la

⁴ V., *supra*, cap. 1, § 7.

⁵ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 412, il quale sostiene che la regola *de qua* trovi applicazione anche quando in capo al giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire manchi la competenza per materia o per territorio; *contra*, però, v. G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 51.

⁶ V., *supra*, cap. 1, § 9.

giurisprudenza di legittimità, trovando una soluzione al problema in via interpretativa, abbia finalmente chiarito che la competenza non va intesa come riferita al giudice persona fisica bensì all'ufficio giudiziario cui questi appartiene.

Ciò detto, in applicazione dell'art. 665 comma 1 c.p.p., possono essere chiamati a svolgere le funzioni di giudice dell'esecuzione oltre che il tribunale e la corte d'appello⁷, pure la corte d'assise e la corte d'assise d'appello⁸. Nessun ostacolo s'incontra, inoltre, nel riconoscere le medesime funzioni al giudice per le indagini preliminari⁹ che abbia emesso il decreto penale o la

⁷ Ai sensi dell'art. 738 comma 2 c.p.p., in materia d'esecuzione della sentenza straniera riconosciuta in Italia, la corte d'appello è equiparata, a ogni effetto, al giudice che ha pronunciato sentenza di condanna in un procedimento penale.

⁸ ... a seguito della novella che ha interessato l'art. 7 l. 10 aprile 1951 n. 287 (operata da ultimo dall'art. 33 d.p.r. 22 settembre 1988 n. 449), sul riordinamento dei giudizi di assise.

⁹ Cfr. Cass., sez. III, 21 novembre 2002, Testa, in CED, n. 223233; Cass., sez. I, 30 maggio 1996, Paoli, *ivi*, n. 205153; Cass., sez. I, 16 novembre 1999, Grosso, *ivi*, n. 214836; anche se va segnalata un'isolata posizione contraria, per la quale l'art. 665 comma 4 c.p.p. « si riferisce esclusivamente ad organi giurisdizionali aventi giurisdizione penale piena, tra i quali non può ricomprendersi il giudice per le indagini preliminari; a tale giudice infatti è assegnata una funzione di garanzia e di controllo e non è investito dalla trattazione unitaria del procedimento, ma interviene in forma saltuaria, a specifica richiesta del pubblico ministero e delle parti private, con competenza limitata ai provvedimenti previsti dalla [l]egge. Ne deriva che, anche in tema di esecuzione, per quanto non espressamente disposto il giudice per le indagini preliminari è carente di competenza, spettando questa, in via generale, esclusivamente al tribunale in cui tal giudice è incardinato, con l'ulteriore conseguenza, in ipotesi di esecuzione concernente più provvedimenti, adottati da giudici diversi, l'ultimo

sentenza di patteggiamento (art. 447 c.p.p.) e al giudice dell'udienza preliminare che abbia emesso la medesima sentenza ovvero quella all'esito del giudizio abbreviato (art. 442 c.p.p.)¹⁰. Anche la Corte costituzionale è giudice dell'esecuzione rispetto alla sentenza che fosse emessa nei confronti del Presidente della Repubblica, per i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione¹¹.

Rimane, in questa sede, da esaminare il complesso delle regole sussidiarie, previsto e disciplinato dall'art. 665 commi 2 ss. c.p.p., attraverso cui identificare concretamente il giudice dell'esecuzione competente nei casi in cui la regola generale, *ex se*, non sia sufficiente a tale scopo¹².

dei quali divenuto irrevocabile sia stato emesso dal giudice per le indagini preliminari, che la competenza a provvedere sulle relative questioni spetta al tribunale presso il quale detto giudice opera » (letteralmente, Cass., sez. II, 28 settembre 1995, Salituro, *ivi*, n. 203121); conf. Cass., sez. I, 15 gennaio 1999, Tornatore, *ivi*, n. 212583.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 5 novembre 1996, Capriglione, in CED, n. 206179.

¹¹ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 414.

¹² Regole parzialmente diverse da quelle espresse nel codice di rito valgono, invece, per l'individuazione del giudice di pace competente per l'esecuzione. La materia è disciplinata dall'art. 40 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, che mantiene sia la regola generale di cui al primo comma sia quella fissata nel quarto comma dell'art. 665 c.p.p.: pertanto, salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice di pace che l'ha deliberato (art. 40 comma 1); se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi da giudici di pace diversi, è competente il giudice che ha deliberato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo (art. 40 comma 2). Le particolarità riguardano, invece, le ipotesi di provvedimenti che siano stati

Il provvedimento da porre in esecuzione, infatti, può essere stato pronunciato in sede d'impugnazione (all'esito del giudizio d'appello o di ricorso per cassazione); ovvero, può trattarsi di eseguire più provvedimenti emessi da giudici diversi, nei confronti della stessa persona. In tali casi, può venire meno la coincidenza tra il giudice che ha materialmente pronunciato il dato provvedimento e quello competente per la sua esecuzione.

Nel caso in cui sia stata proposta impugnazione, occorre distinguere, preliminarmente, a seconda che si tratti di appello ovvero di ricorso per cassazione. Per la prima ipotesi, l'art. 665 comma 2 c.p.p. prevede che il giudice dell'esecuzione sia individuato sulla base del criterio della "rielaborazione sostanziale" del provvedimento impugnato. Cosicché, ove la sentenza d'appello abbia comportato modificazioni non meramente formali della pronuncia del giudice di prime cure, incidendo concretamente sul suo nucleo essenziale, la competenza a conoscere dell'esecuzione del

emessi dal giudice di pace e da altro giudice ordinario o speciale, e l'impugnazione. Dunque, se i provvedimenti sono stati deliberati dal giudice di pace e da altro giudice ordinario, è competente in ogni caso quest'ultimo (comma 3). Se i provvedimenti sono stati emessi dal giudice di pace e da un giudice speciale, competente per l'esecuzione è il tribunale in composizione collegiale nel cui circondario ha sede il giudice di pace (comma 4). Nel caso, infine, la sentenza del giudice di pace sia stata appellata, la competenza rimane ferma in capo al medesimo giudice di pace anche nell'ipotesi di riforma sostanziale del provvedimento da eseguire (art. 40 comma 5). In tema, *ex multis*, v. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 227; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, p. 283 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXVI.2, Milano, 2006, p. 369 ss.

provvedimento è lo stesso giudice d'appello¹³. La giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che la competenza permanga in capo a tale ultimo giudice anche quando vi siano più appellanti e la predetta riforma riguardi solo alcuni di loro: tale opzione trova la sua giustificazione nella constatazione che solo il giudice che ha apportato modificazioni sostanziali al provvedimento da eseguire, può affrontare al meglio le eventuali questioni che possono insorgere in ordine alla sua portata esecutiva – in relazione, ad esempio, all'applicazione della continuazione, dell'amnistia e dell'indulto ecc. –¹⁴. Peraltro, si è precisato che la competenza per l'esecuzione resta affidata al giudice di primo grado quando quello d'appello si sia limitato ad assolvere taluno degli imputati condannati in prime cure, confermando integralmente la pronuncia di condanna nei confronti degli altri, posto che le assoluzioni pronunciate in appello contro imputati già dichiarati colpevoli all'esito del giudizio di primo grado, non richiedono l'intervento del giudice dell'esecuzione¹⁵.

Con riferimento al significato da attribuire alla locuzione “rielaborazione sostanziale”, la giurisprudenza

¹³ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 15 luglio 1994, Zaganelli, in CED, n. 199920: « [s]ussiste la competenza della [c]orte di [a]ppello in sede di esecuzione qualora la sentenza di secondo grado abbia modificato la pena in conseguenza di una rielaborazione sostanziale della decisione di primo grado [...] ».

¹⁴ La *ratio* è la stessa di quella sottesa alla regola di cui all'art. 665 comma 1 c.p.p.

Cfr. Cass., sez. I, 14 luglio 2011, Salvati, in CED, n. 250831; Cass., sez. I, 16 febbraio 2010, Guarnieri, *ivi*, n. 246395; Cass., sez. I, 16 novembre 1999, Riina, *ivi*, n. 215019.

¹⁵ In merito, cfr. Cass., sez. III, 20 novembre 2001, Dorati, in CED, n. 220609; Cass., sez. I, 4 novembre 2009, Arena, *ivi*, n. 245681.

ha precisato, in particolare, che può ritenersi tale da determinare l'attribuzione della competenza al giudice d'appello, in quanto modificazione sostanziale del provvedimento impugnato, il mutamento della qualificazione giuridica del fatto¹⁶; la dichiarazione di estinzione di reato¹⁷; come anche la modifica della pena derivante dalla riforma del giudizio di comparazione tra circostanze del reato¹⁸ e dal riconoscimento del vincolo della continuazione¹⁹. In queste ultime due ipotesi, il "trasferimento" di competenza in capo al giudice di seconde cure è giustificato dalla circostanza che la modificazione attiene al reato ed è, dunque, più pregnante rispetto alla semplice « riforma in relazione alla pena », cui fa riferimento l'art. 665 comma 2 c.p.p. per radicare la competenza dinanzi al giudice di primo grado. Per contro, la Corte di legittimità ha escluso che si possa considerare "riformata" la sentenza di primo grado, quando la pronuncia d'appello si sia limitata a disporre in merito alla sospensione condizionale della pena²⁰; ovvero ad applicare, in luogo della pena, una sanzione sostitutiva²¹. Pertanto, se la sentenza d'appello conferma *tout court* quella di primo grado, ovvero la riforma solo in relazione

¹⁶ Cfr. Cass., sez. I, 3 luglio 2003, Salvatore, in CED, n. 225148; Cass., sez. I, 19 gennaio 2000, Calderaro, *ivi*, n. 215370.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 2009, Andreano, in CED, n. 245550; Cass., sez. III, 14 febbraio 2002, La Falce, *ivi*, n. 221699.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. I, 6 marzo 1997, Barbara, in CED, n. 207320; Cass., sez. I, 6 novembre 1996, Volo, *ivi*, n. 206196.

¹⁹ Cfr. Cass., sez. I, 20 novembre 1998, Biolzi, in CED, n. 212445.

²⁰ Cfr. Cass., sez. I, 8 luglio 2004, Leocata, in CED, n. 229855; Cass., sez. I, 13 febbraio 1997, Novello, *ivi*, n. 207046.

²¹ Cfr. Cass., sez. I, 4 marzo 1999, Maiello, in CED, n. 213061.

alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, senza modificarne i contenuti essenziali, la competenza spetta al giudice che ha emesso la sentenza di primo grado.

Nel caso in cui sia stato proposto ricorso per cassazione, posto che in nessun caso è previsto che la Corte di legittimità possa esercitare le funzioni di giudice dell'esecuzione, l'art. 665 comma 3 c.p.p. distingue due ipotesi. La prima: quando è stato proposto ricorso contro sentenza inappellabile oppure *per saltum*, ai sensi dell'art. 569 c.p.p., ma esso è stato dichiarato inammissibile o è stato rigettato, ovvero, nell'accoglierlo, i giudici di legittimità hanno pronunciato sentenza di annullamento senza rinvio, la competenza *in executivis* spetta al giudice di prime cure; ove, invece, il ricorso sia stato proposto contro una sentenza pronunciata in sede d'appello e la Corte abbia annullato il provvedimento impugnato senza rinvio, valgono le regole – poc'anzi esaminate – sulla distribuzione della competenza tra il giudice di primo grado e quello d'appello.

La seconda ipotesi si riferisce, invece, alla pronuncia della sentenza d'annullamento con rinvio. Per questa ipotesi, l'art. 665 comma 3 ultima parte c.p.p. prevede una regola derogatoria rispetto ai criteri indicati nel comma precedente: la competenza a conoscere dell'esecuzione del provvedimento è, in ogni caso, radicata in capo al giudice di rinvio, anche, quindi, nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia riformato in senso sostanziale la sentenza di primo grado e il suo intervento sia stato pertanto meramente *quoad poenam*²². In giurisprudenza si ritiene che la disposizione *de qua* abbia portata generale e, perciò, trovi applicazione, in virtù del principio di unicità del

²² Cfr. Cass., sez. I, 14 maggio 2003, Novellino, in CED, n. 225048.

giudice dell'esecuzione, anche qualora l'annullamento riguardi, nell'ambito di un procedimento con più imputati, soltanto alcuni di questi, per cui è competente, per tutti, il giudice di rinvio²³.

Peraltro, l'interpretazione letterale della disposizione *de qua* non è unanimemente accolta né in giurisprudenza né in dottrina. E, infatti, si è sostenuto – condivisibilmente, ancorché si tratti di posizione rimasta isolata – che la regola stabilita dall'art. 665 comma 3 ultima parte c.p.p. non dovrebbe operare, in realtà, nel caso in cui, essendo stata annullata con rinvio una sentenza d'appello, il giudice di secondo grado, in sede di rinvio, abbia confermato la sentenza di prime cure ovvero l'abbia riformata soltanto con riguardo alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili. Secondo questa diversa impostazione, « [n]on vi è, infatti, ragione, in siffatta ipotesi, di discostarsi dalla disciplina generale fissata dal comma 2 del citato art. 665 [...] e ciò avuto riguardo al principio che il giudice di rinvio, ai sensi dell'art. 627, comma 2, c.p.p., è investito degli “stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata”, di tal che,

²³ Cfr. Cass., sez. I, 24 marzo 2004, Caridi, in CED, n. 227936; Cass., sez. I, 14 gennaio 2003, Bertè, *ivi*, 223601; Cass., sez. II, 9 ottobre 1998, Vinci, *ivi*, n. 211655. In dottrina, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 224, per i quali, nel caso d'impugnazione parziale della sentenza, non formandosi il giudicato parziale « è logico ritenere che il giudice di primo grado non sia giudice dell'esecuzione per i capi non impugnati [...] Dove, invece, si forma il giudicato parziale (annullamento parziale della sentenza), sembrerebbe logico separare anche le competenze in sede esecutiva: giudice di primo o di secondo grado per i capi passati in giudicato, giudice di rinvio per gli altri ».

anche in sede di esecuzione, non vi è ragione di attribuirgli competenze che a quest'ultimo non sarebbero spettate »²⁴.

In caso di pluralità di condanne, l'art. 665 comma 4 c.p.p. prevede che « se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo ». La giurisprudenza prevalente ritiene che la competenza del giudice che ha deliberato la sentenza divenuta irrevocabile per ultima prevalga anche nel caso in cui il giudicante sia chiamato a statuire esclusivamente su richieste relative a titoli intermedi²⁵. In dottrina²⁶, tuttavia, è stato rilevato come il dato letterale della norma vigente (« se l'esecuzione concerne più provvedimenti »), se messo a confronto con quello della corrispondente disposizione nel prog. prel. c.p.p. 1978 (art. 656 comma 5, ove si parla di « pluralità di provvedimenti » *tout court*), farebbe, in realtà, propendere per l'opposto orientamento, in base al quale « il disposto del comma quarto dell'art. 665 [c.p.p.] non trova applicazione solo perché vi sia coesistenza di più sentenze a carico di una stessa persona, essendo invece necessario a tal fine, una pluralità di provvedimenti di giudici diversi dai quali derivi la stessa questione di esecuzione. Ne consegue che

²⁴ Così, Cass., sez. I, 13 maggio 1998, Cianciaruso, in CED, n. 211226. In dottrina, sul punto, cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 162, nota 5.

²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 26 maggio 2000, Lauro, in CED, n. 216288; Cass., sez. I, 20 febbraio 1996, Samperi, *ivi*, n. 203984. Molto critico, in dottrina, nei confronti di questo orientamento, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 105.

²⁶ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 225; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 103 ss.

se, pur nella sussistenza di più giudicati, sorga questione riguardante l'esecuzione di uno solo di essi, in tal caso deve osservarsi la disciplina fissata nel comma primo dell'art. 665 [c.p.p.], secondo cui competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato »²⁷.

Il criterio cronologico subisce, tuttavia, due deroghe. Da un lato, prevale la competenza del giudice ordinario su quella del giudice speciale, in caso di concorso di provvedimenti emessi da giudici ordinari e giudici speciali (art. 665 comma 4 c.p.p.); dall'altro, quella del giudice collegiale, ove si debba dare esecuzione a più provvedimenti emessi dal tribunale in composizione collegiale e monocratica (art. 665 comma 4-*bis* c.p.p.)²⁸. A tal ultimo proposito, la Corte di cassazione ha chiarito che la norma mira a disciplinare « una sorta di competenza interna », in sede esecutiva, nell'ambito di uno stesso organo e, pertanto, essa « trova applicazione solo quando si tratti di provvedimenti emessi dallo stesso tribunale inteso come stesso ufficio giudiziario, in composizione monocratica o collegiale »²⁹. Diversamente, rimane ferma

²⁷ Testualmente, Cass., sez. I, 30 maggio 1991, Iannuzzi, in CED, n. 187472, in materia d'indulto; conf., fra le altre, Cass., sez. I, 4 luglio 2000, Palombarini, *ivi*, n. 216915.

²⁸ La disposizione è stata introdotta dall'art. 206 d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51, istitutiva del giudice unico.

²⁹ Cass., sez. I, 9 maggio 2001, Corso, in CED, n. 219280; cfr. anche Corte cost., sent. 23 giugno 2000 n. 240, in *Giur. cost.*, la quale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 665 commi 4 e 4-*bis* c.p.p. – interpretato nel senso dell'attribuzione della competenza al giudice in composizione collegiale solo nel caso in cui l'esecuzione concerna più provvedimenti emessi dal

la regola generale, per la quale, quando l'esecuzione riguardi provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice – non rileva che sia monocratico o collegiale – che ha pronunciato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo (art. 665 comma 4 c.p.p.)³⁰.

L'art. 665 comma 4-*bis* c.p.p. non disciplina, però, il caso in cui i provvedimenti siano emessi dal giudice dell'udienza preliminare e dal collegio. La giurisprudenza tende, in tal caso, a fare applicazione della regola di cui al comma 4 del medesimo articolo, riconoscendo, dunque, la competenza al primo giudice qualora abbia emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo³¹.

2. Segue: il divieto d'instaurazione del procedimento *ex officio iudicis*. – In ossequio al principio proprio della tradizione processuale accusatoria, *ne procedat iudex ex officio*, l'art. 666 comma 1 c.p.p. affida alle parti l'iniziativa del procedimento d'esecuzione. Rispetto al modello camerale generale di cui all'art. 127 c.p.p.³², che consente, in alcune ipotesi, anche l'attivazione

medesimo tribunale in composizione monocratica e collegiale – sollevata in riferimento agli art. 3 e 24 Cost.

³⁰ Cfr. Cass., sez. I, 2 luglio 2008, Pizzo, in CED, n. 240680; Cass., sez. I, 10 marzo 2004, Zequiri, *ivi*, n. 228651; Cass., sez. I, 21 febbraio 2001, Campanini, *ivi*, n. 218814; in senso contrario, isolatamente, Cass., sez. I, 7 luglio 2000, Raccanello, *ivi*, n. 21676, per la quale, invece, l'art. 665 comma 4-*bis* c.p.p. « è applicabile non solo nell'ipotesi di provvedimenti provenienti dal medesimo [t]ribunale, ma anche in quella di provvedimenti emessi da [t]ribunali diversi ».

³¹ Cass., sez. I, 10 maggio 2011, Fazari, in CED, n. 250447; Cass., sez. I, 13 aprile 2000, Ido, *ivi*, n. 216754.

³² Cfr. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Di Filippo, in *Dir. giust.*, 2003, p. 102 ss., per cui « [i]n tema di procedimento

officiosa della procedura nel corso del procedimento (v., ad es., art. 409 comma 2 c.p.p.), la norma in esame non ammette eccezioni³³. Del resto, l'esigenza della sottoposizione a controllo del titolo esecutivo, oggetto del procedimento *de quo*, trova già adeguata tutela nell'iniziativa affidata al p.m., all'interessato e al suo difensore.

Peraltro, occorre precisare come, sia in dottrina³⁴ che in giurisprudenza³⁵, si ammetta generalmente che una volta

camerale, ove la legge processuale preveda che la decisione debba essere emessa "in camera di consiglio" – secondo l' "incipit" del comma 1 dell'art. 127 c.p.p. – e non sia diversamente stabilito, trovano applicazione "*per relationem*" la procedura tipica e le forme di base stabilite dalla predetta disposizione [...] ».

³³ Si ritiene che il giudice possa, benché *praeter legem*, sollecitare, al più, la richiesta del p.m. per superare l'eventuale inerzia di quest'ultimo. In questo senso, Cass., sez. III, 25 settembre 1992, Berna, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1282.

³⁴ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 200; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 295; F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 180 e 221-222; T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 1998, p. 1049; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 176; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 419; ID., sub art. 666 c.p.p., in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2875; G.G. SANDRELLI, *Il procedimento di esecuzione*, in F. FIORENTIN – G.G. SANDRELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2007, p. 552; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 153-154.

avviata la procedura, su impulso di parte, e superato, preliminarmente, il vaglio d'inammissibilità, *ex art. 666 comma 2 c.p.p.*, la cognizione del giudice possa spingersi oltre i confini tracciati con il contenuto della richiesta³⁶.

³⁵ Cfr. Cass., sez. III, 4 novembre 2005, Conversano, in CED, n. 233261; Cass., sez. I, 4 dicembre 2000, Fontanella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3089; Cass., sez. IV, 22 maggio 1998, Sciarabba, *ivi*, 1999, p. 2567. Sempre in giurisprudenza si ammette, inoltre, che il giudice adito possa decidere *extra petita* per valutare la concedibilità all'interessato, ove ne ricorrano i presupposti, di benefici non espressamente dedotti nell'istanza: in questa direzione, v. Cass., sez. III, 11 dicembre 1996, De Leo, in CED, n. 207457, la quale, in un caso di procedimento avviato mediante richiesta ai sensi dell'art. 671 c.p.p., aveva precisato che il giudice, con l'accoglimento della richiesta, « può concedere d'ufficio i benefici di cui agli artt. 163 e 175 [c.p.] senza ulteriore richiesta di parte, attesa la natura pubblicistica di tali istituti, volti alla risocializzazione del condannato ».

³⁶ Cfr. Cass., sez. I, 4 dicembre 2000, Fontanella, *cit.*, secondo cui « l'atto con il quale si dà ingresso al procedimento di esecuzione, non avendo natura di impugnazione, non è sottoposto alle relative formalità [...] »; più di recente, conf. Cass., sez. III, 4 novembre 2005, Conversano, *cit.*; in dottrina, per tutti, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, *cit.*, p. 419; *Id.*, sub *art. 666 c.p.p.*, *cit.*, p. 2875; *contra*, tuttavia, Cass., sez. IV, 21 maggio 1998, Adrognà, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2567, ad avviso della quale « a norma dell'art. 666 comma 6 c.p.p. al procedimento di esecuzione sono applicabili le disposizioni sull'impugnazione, ed in particolare quella di cui all'art. 597 comma 1 in tema di appello, ripetuta al comma 1 dell'art. 609 per il ricorso per cassazione, secondo cui la cognizione del giudice del gravame è limitata ai punti della decisione investiti dai motivi di impugnazione »; nello stesso senso, in dottrina, G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 233, il quale ritiene che « i limiti d'intervento del giudice dell'esecuzione devono essere fissati sulla base della richiesta che viene presentata, individuandone esattamente il contenuto concreto ».

Può sorgere, infatti, la necessità, per il giudice, di risolvere eventuali questioni pregiudiziali (v. art. 670 c.p.p.)³⁷ che, pur non espressamente dedotte nella domanda, potrebbero, però, incidere sulla regolarità formale e sostanziale del titolo esecutivo e, conseguentemente, sulla sua concreta e corretta esecuzione: « [i]n effetti, nessuna questione esecutiva ha ragione di esistere – e tantomeno di venire decisa – quando il presupposto stesso di una legittima esecuzione manchi »³⁸. Al di fuori di siffatta ipotesi, in cui il giudicante si attiva *motu proprio*, ma pur sempre nell'ambito di un procedimento già instaurato su richiesta di parte³⁹, l'atto d'impulso *ex officio* deve considerarsi affetto da nullità assoluta, *ex art. 178 comma 1 lett. b c.p.p.*⁴⁰.

³⁷ Una prima verifica sul titolo esecutivo è demandata al p.m., il quale, prima di emettere l'ordine di esecuzione, deve procedere alla verifica della sussistenza degli elementi essenziali del provvedimento da eseguire nonché la sua riferibilità alla persona fisica del condannato.

³⁸ Così, B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004, p. 113.

³⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 11 novembre 2010, Ratini, in CED, n. 249024; Cass., sez. I, 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, *ivi*, n. 186186; v., tuttavia, Cass., sez. III, 18 novembre 2008, Favato, *ivi*, n. 242734, per cui « non è affetto da nullità assoluta il procedimento d'esecuzione avviato dal giudice in assenza di richiesta da parte del pubblico ministero, essendo quest'ultima esercitabile senza formalità e non equivalendo all'iniziativa relativa all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 178 comma 1 lett. [b] c.p.p. » (nel caso di specie, la Corte di legittimità aveva precisato che l'atto d'impulso del p.m. fosse identificabile nelle conclusioni formulate dallo stesso in udienza).

⁴⁰ In questo senso, v., ancora, Cass., sez. I, 11 novembre 2010, Ratini, *cit.*; Cass., sez. I, 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, *cit.*

3. I soggetti legittimati all'avvio del procedimento.

– Rivolgendo, ora, l'attenzione alla titolarità dello *ius instandi*, l'art. 666 comma 1 c.p.p. prevede che legittimati a provocare l'intervento giudiziale sul titolo esecutivo, mediante le forme tipiche di cui all'art. 666 c.p.p., siano il pubblico ministero, l'interessato e il suo difensore⁴¹. Inoltre, pur in mancanza di una previsione espressa, si deve ritenere che possa promuovere il procedimento oggetto d'esame, *ad integrandum*, pure il rappresentante legale dell'interessato infermo di mente. Del resto, l'estensione, sotto il profilo soggettivo, della legittimazione ad avviare la procedura trova conferma nello stesso art. 666 comma 8 c.p.p., che riconosce espressamente al tutore e al curatore « gli stessi diritti dell'interessato »⁴².

⁴¹ Il codice previgente (art. 628 comma 2 c.p.p. 1930), infatti, attribuiva la legittimazione a proporre incidente d'esecuzione soltanto al pubblico ministero (mediante richiesta) e all'interessato (per mezzo d'istanza). La norma in questione – come si è già detto (v., *supra*, cap. 1, § 7) – disciplina, al contempo, le cadenze del rito di sorveglianza. In virtù del combinato precettivo tra gli art. 666 e 678 c.p.p., tale procedimento mantiene tuttora alcuni elementi di specialità. E a proposito dello *ius instandi*, l'art. 678 comma 1 c.p.p., a differenza di quello d'esecuzione, prevede anche l'attivazione d'ufficio della procedura. Ai legittimati individuati dal suddetto combinato disposto, si aggiungono poi i prossimi congiunti dell'interessato e il consiglio di disciplina, per la concessione dei benefici *ex art.* 47, 50, 52, 53, 54 ord. penit. (v. art. 57 ord. penit.).

⁴² In dottrina, riconoscono la titolarità dello *ius instandi* in capo al tutore e al curatore, *ex multis*, D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 148; seppure con riferimento specifico al procedimento di sorveglianza, F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, p. 110; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa*

Venendo al potere d'avvio processuale riconosciuto all'organo dell'accusa, esso s'inserisce nell'ambito dell'attività d'intervento e della funzione requirente affidategli espressamente dall'art. 655 c.p.p. (cfr. art. 73 e 78 ord. giud.) a tenore del quale il pubblico ministero, quale titolare dell'azione esecutiva⁴³, cura d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti (comma 1), propone le sue richieste al giudice dell'esecuzione competente e interviene in tutti i procedimenti di esecuzione (comma 2)⁴⁴. A tal proposito, in dottrina si è puntualizzato come

penitenziaria al nuovo codice di procedura penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 158; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009, p. 203.

⁴³ Essa presenta anche tutti gli altri caratteri tipici dell'azione penale: titolarità dell'azione, essendo il pubblico ministero il soggetto legittimato dalla legge a dare esecuzione ai provvedimenti del giudice; obbligatorietà, desumibile dalla lettera dell'art. 655 c.p.p. (« cura »); irretrattabilità: il pubblico ministero, infatti, è tenuto a dare immediata esecuzione ai provvedimenti del giudice e non può interromperla se non nei modi e nei casi previsti dalla legge; indivisibilità, pubblicità e officialità, rinvenibili nell'art. 655 c.p.p., laddove prevede che « il pubblico ministero », organo pubblico, cura « di ufficio » l'esecuzione dei provvedimenti. Sulla configurabilità dell'azione penale esecutiva in capo al p.m., v., per tutti, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 119; inoltre, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 135-136.

⁴⁴ Va detto che i criteri d'individuazione del p.m. competente per l'esecuzione e, quindi, anche a dare impulso al procedimento d'esecuzione, sono espressione del principio generale secondo cui la legittimazione dell'organo dell'accusa si determina in relazione alla competenza del giudice (art. 51 comma 3 c.p.p.). Ai sensi dell'art. 655 c.p.p., il p.m. competente è, infatti, quello che svolge le sue funzioni presso il giudice dell'esecuzione individuato ai sensi dell'art. 665 c.p.p., in base al quale competente a conoscere

tali due ultime prerogative siano « una proiezione ed una conseguenza del potere-dovere di eseguire i provvedimenti del giudice »⁴⁵. Necessita precisare, tuttavia, che, nel contesto delle predette attribuzioni, l'avvio *ex art. 666* comma 1 c.p.p., lungi dal configurarsi come uno specifico obbligo, va inquadrato, piuttosto, come interesse ad agire nel corso dell'esecuzione per la corretta e concreta esecuzione dei provvedimenti del giudice, anche *pro reo*: non esiste, infatti, un contrasto ontologico tra l'interesse alla corretta applicazione della legge e quello vantato dalla parte privata (esemplificando, si pensi al caso in cui il p.m. promuova un procedimento d'esecuzione *ex art. 670* c.p.p. oppure richieda al giudice l'applicazione della disciplina del reato continuato e del concorso formale *ex art. 671* c.p.p.).

Nella prassi, l'iniziativa più frequente è, però, quella proveniente direttamente dall'interessato. Dall'assenza di una dettagliata disciplina normativa dei requisiti formali e contenutistici della domanda, si desume chiaramente il *favor* che il legislatore processuale ha accordato all'atto introduttivo proveniente da tale soggetto. E a proposito del termine "interessato", è opportuno specificare che, secondo un costante orientamento giurisprudenziale⁴⁶, condiviso unanimemente dalla dottrina⁴⁷, esso è da

dell'esecuzione è, a sua volta, il giudice che ha emesso il provvedimento decisorio che deve essere eseguito.

⁴⁵ *Ad litteram*, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 187.

⁴⁶ Cfr. Cass., sez. III, 23 gennaio 1996, Lodigiani, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1418 ss.

⁴⁷ *Ex multis*, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 190 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 178 ss., il quale definisce interessato « il soggetto privato che abbia la titolarità di un interesse

intendersi in senso generico e indeterminato, tale da ricomprendere in sé non solo il condannato – così come il prosciolto⁴⁸ – e le altre parti private del processo di cognizione, ma anche ogni altro soggetto « che abbia partecipato o meno al giudizio di cognizione e sia titolare di situazioni giuridiche soggettive alle quali potrebbe derivare vantaggio o pregiudizio in seguito al consolidamento o alla rimozione di un determinato deliberato »⁴⁹.

Rimane da dire, infine, dello *ius postulandi* del difensore. Tale facoltà – peraltro, espressamente riconosciuta, per la prima volta, solo nel codice di rito del 1988 – ha lo scopo, evidentemente, d’assicurare al cittadino una difesa tecnica effettiva anche *in executivis*, in ottemperanza all’art. 24 comma 2 Cost. In particolare, la legittimazione all’avvio del procedimento in capo al legale risiede nella norma, di portata generale, di cui all’art. 99 comma 1 c.p.p., a tenore della quale al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce al suo assistito, salvo che si tratti di diritti “personalissimi”⁵⁰.

giuridicamente protetto a vedere consolidata o rimossa una situazione giuridica concernente l’esecuzione penale [...], sempre che da tale situazione scaturisca per lo stesso [...] un pregiudizio o un vantaggio. Di conseguenza rivestono tale *status* non soltanto il condannato e tutti coloro che hanno assunto la qualità di parti private nel processo di cognizione [...], ma anche i soggetti che, pur non essendo stati parti nel processo di cognizione, vantano la titolarità di una posizione giuridica rispetto all’esecuzione in corso, per essere stata in qualche modo scalfita dal processo stesso ed in particolare dal provvedimento di condanna ».

⁴⁸ Cfr. art. 669 comma 7, 8 e 9; 673 comma 2 c.p.p.

⁴⁹ Così, Cass., sez. III, 23 gennaio 1996, Lodigiani, cit.

⁵⁰ La giurisprudenza di legittimità già ammetteva, sotto la vigenza del codice abrogato, il potere d’attivazione del difensore,

In concreto, l'avvio della procedura *de qua* da parte di tale soggetto consente di superare l'eventuale inerzia dell'interessato nonché di sottoporre al giudice richieste che, sotto il profilo tecnico-giuridico, siano maggiormente in grado di superare il controllo preliminare d'ammissibilità.

Nel vigore della normativa vigente, il dubbio se il suddetto diritto spetti al difensore che ha assistito l'interessato nella fase cognitiva, ovvero, in via esclusiva, a quello nominato appositamente per la fase dell'esecuzione è stato risolto dalla giurisprudenza dominante nel senso di escludere la "permanente validità" della nomina di fiducia operata nella sede anteriore, ritenendosi necessario, pertanto, il conferimento di uno specifico mandato per il momento esecutivo⁵¹. Ne consegue, dunque, che, a processo concluso, l'interessato condannato/internato dovrà procedere ad una nuova nomina per la fase esecutiva – ciò anche nel caso in cui desideri essere assistito dallo stesso difensore incaricato per la cognizione – in mancanza della quale, il pubblico

benché in base a un mandato speciale; cfr. Cass., sez. I, 22 febbraio 1978, Fusilli, in *Cass. pen.*, 1979, p. 724.

⁵¹ Cfr. Cass., sez. I, 20 gennaio 2010, Dattisi, in CED, n. 246828; Cass. sez. I, 22 maggio 2003, Carraro, *ivi*, n. 225499; Cass., sez. IV, 11 aprile 2002, Rizzo, *ivi*, n. 222225; Cass., sez. I, 6 maggio 1998, Pesce, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2566; Cfr. Cass., sez. I, 24 settembre 1992, Marchese, *ivi*, 1994, p. 327. V., inoltre, la Relazione testo def. c.p.p., in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale, Dalle leggi delega ai decreti delegati, V, Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, p. 991, in cui si giustifica la non automaticità della proroga del mandato difensivo, « [...] anche in considerazione della notevole distanza geografica e temporale che a volte intercorre fra la conclusione di detta fase [di cognizione] e quella esecutiva ».

ministero provvederà, autonomamente, alla designazione di un difensore d'ufficio (art. 655 comma 5 c.p.p.)⁵². Tale soluzione, per la verità, è molto criticata da una parte della dottrina, la quale mette in guardia dal rischio che, interrompendo il rapporto che lega l'assistito al proprio difensore di fiducia, in assenza di una volontà concreta in tal senso proveniente da almeno una delle parti, si venga a produrre, ingiustificatamente, una menomazione del diritto di difesa tecnica⁵³. Ecco, allora, che l'obbligo di designazione di un difensore d'ufficio dovrebbe « oggi essere letto alla luce della modifica [...] apportata all'art. 656 comma 5 c.p.p. »⁵⁴. Secondo questo filone interpretativo, la norma *de qua*, nel garantire la proroga *in*

⁵² Cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 1992, Caruso, in CED, n. 190946. In dottrina, cfr. M. GUARDATA, sub *art. 666 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 527, secondo cui l'ultrattività della norma è da escludere sul presupposto che « in tema di impugnazione il codice indica espressamente l'ipotesi in cui il difensore è abilitato a impugnare senza specifico mandato (art. 571 [comma] 3): l'assenza, in questo caso, di un'analogia previsione [...] induce ad escludere una tacita *prorogatio* del mandato della fase di cognizione [...] ».

⁵³ Cfr., *ex multis*, A. BERNASCONI, *Le modifiche della fase esecutiva tra rigorismo e razionalizzazione: la "nuova" veste dell'art. 656 c.p.p.*, in AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di M. Bargis, Torino, 2001, p. 182-183; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 198-199; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 418; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2877; G.G. SANDRELLI, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 570; G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, a cura di D. Siracusano - A. Galati - G. Tranchina - E. Zappalà, Milano, 2006, p. 621-622.

⁵⁴ S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 198.

executivis della nomina del difensore di fiducia operante nella fase precedente, avrebbe ribadito, una volta per tutte, la continuità della difesa tecnica nel processo penale *latu senso* inteso. Tale conclusione pare trovare conferma anche nella direttiva n. 96 della legge-delega c.p.p. 1987, la quale – come si è già avuto modo di sottolineare – prescrive « garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione », con ciò dimostrando di considerare quest'ultima come fase del procedimento penale⁵⁵.

Benché una tale conclusione – che riconosce, dunque, validità generale agli effetti derivanti dalla proroga del mandato difensivo nella sede *de qua*, per cui mancherebbe piena efficacia la precedente nomina del difensore effettuata nel corso del processo di cognizione – meriti d'essere condivisa, in quanto garantisce un migliore e più effettivo esercizio del diritto di difesa, occorre rilevare, per vero, come l'ambito d'operatività dell'art. 656 comma 5 c.p.p., in realtà, sia limitato a una specifica ipotesi: dal dato letterale della disposizione si desume, infatti, come tale meccanismo sia circoscritto al solo procedimento di sorveglianza e, nello specifico, al caso di richiesta di una delle misure alternative alla detenzione elencate nella medesima disposizione, avanzata in regime di sospensione dell'ordine di esecuzione. La *ratio* della previsione risiede, in particolare, nell'esigenza di garantire all'interessato a piede libero – che sia stato condannato a una pena detentiva medio-breve, contenuta, *ex art.* 656 comma 5 c.p.p., entro i tre anni ovvero entro i sei nei casi di cui agli art. 90 e 94 t.u. stupefacenti – la possibilità di attivarsi, per tempo, ai fini della richiesta d'applicazione *ab externo* del beneficio penitenziario: a tale scopo, in assenza di una specifica nomina difensiva per la fase dell'esecuzione, la

⁵⁵ Per tali considerazioni v., *supra*, cap. 1, § 8.

norma in esame legittima all'avvio del rito il legale della cognizione, al quale sarà, dunque, notificato l'ordine di esecuzione e il coevo decreto di sospensione⁵⁶. Si deve escludere, pertanto, che la *prorogatio* del mandato difensivo prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p. espliciti effetto alcuno sia allorché il condannato a pena detentiva – pur contenuta entro i limiti richiesti – sia già detenuto in istituto al momento della richiesta della misura alternativa sia – e *a fortiori* – con riferimento all'ambito applicativo del procedimento d'esecuzione⁵⁷.

La regola generale della nomina *ex novo* del difensore per l'esecuzione, risponde, evidentemente, al proposito di

⁵⁶ Peraltro, quest'ultimo, onde poter assistere l'interessato pure nel corso del procedimento incardinato con la richiesta di beneficio, dovrà essere appositamente nominato, eventualmente anche in calce alla richiesta stessa. Solo in tal caso, egli sarà destinatario dell'avviso d'udienza di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p. Di contrario avviso, però, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 16 maggio 2000, Varanzano, in *Cass. pen.*, 2001, p. 452; Cass., sez. un., 11 novembre 1994, Nicoletti, in CED, n. 199398.

⁵⁷ Sul punto, cfr. F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 183; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 150-151. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 14 luglio 2003, Di Caterino, in CED, n. 226543, per la quale « qualora pendano diversi procedimenti in sede esecutiva, uno volto alla revoca di una sentenza di condanna ed uno volto ad ottenere la sospensione dell'esecuzione, la nomina del difensore di fiducia effettuata in uno di essi non esplica la sua efficacia nell'altro e pertanto non è dovuto l'avviso al difensore di fiducia per l'udienza camerale del procedimento in cui non è stato nominato »; si tende, inoltre, a confermare che la nuova nomina effettuata nel procedimento d'esecuzione non spieghi effetti nel rito di sorveglianza (cfr. Cass., sez. I, 22 dicembre 2008, Sansone, *ivi*, n. 230540; Cass., sez. I, 30 novembre 2004, Minarelli, in *Cass. pen.*, 2006, p. 602; *contra*, tuttavia, Cass., sez. I, 16 maggio 2000, Varanzano, cit., p. 452).

indurre l'interessato a meditare sulla scelta del legale, onde assicurarsi un'assistenza tecnica qualificata in sede di giurisdizione esecutiva⁵⁸. Tuttavia, essa è fonte, nella prassi, di notevoli disagi per tale soggetto, il quale, il più delle volte – specie se si tratta di condannato già detenuto – non è neanche al corrente della necessità di procedere ad una nuova nomina difensiva. Al fine di garantire adeguatamente il diritto di difesa tecnica lungo l'intero arco del procedimento, il legislatore del 1988 bene avrebbe fatto a considerare la possibilità di trasferire all'interno dell'art. 666 c.p.p. la disposizione di cui all'art. 71 comma 2 ord. penit. – peraltro oggi non più applicabile –, laddove si disponeva che il giudice della sorveglianza, « a seguito di richiesta [...] invita l'interessato a esercitare la facoltà di nominare un difensore. Se l'interessato non vi provvede entro cinque giorni dalla comunicazione dell'invito, il difensore è nominato d'ufficio ». Oggi, si potrebbe pensare all'introduzione *in executivis* di un'informazione sul diritto di difesa, del tipo di quella già prevista dall'art. 369-*bis* c.p.p., da far notificare all'interessato all'apertura della fase esecutiva⁵⁹: non può negarsi che la difesa tecnica di

⁵⁸ In dottrina, tuttavia, è stato fatto notare come una tale motivazione sembri collidere con « il consolidato orientamento giurisprudenziale [...] secondo cui l'udienza di sorveglianza non deve essere rinviata nel caso di legittimo impedimento a comparire del difensore di fiducia, dal momento che il diritto di difesa può essere sufficientemente garantito dalla designazione di un difensore d'ufficio » (così M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 197); inoltre, v. Cass., sez. un., 27 giugno 2006, Passamani, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3976, con nota di L. DIPAOLO.

⁵⁹ In questo senso, cfr. L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 398. In mancanza di un tale strumento, l'informazione al condannato circa la necessità, a processo esaurito, di procedere immediatamente a una nuova

fiducia offre a tale soggetto maggiori garanzie rispetto a quella d'ufficio.

La nomina del difensore deve avvenire attraverso la dichiarazione resa ai sensi della norma generale di cui all'art. 96 comma 2 c.p.p., con possibilità per l'interessato di nominare, ove lo ritenga opportuno, fino a due legali (comma 1). La giurisprudenza è concorde nel ritenere che le formalità ivi previste, « considerata la quantità e la rilevanza dei diritti e delle facoltà derivanti per legge dal mandato difensivo, nonché l'incidenza che il loro esercizio spiega sullo svolgimento dell'intero procedimento, non ammettano equipollenti »⁶⁰. Peraltro, parte della dottrina ammette che, qualora non sia possibile la designazione mediante deposito in cancelleria *ex art. 96 comma 2 c.p.p.*, si possa ricorrere all'art. 39 norme att. c.p.p., in base al quale l'autenticazione della sottoscrizione di atti può essere effettuata, tra gli altri, anche dallo stesso difensore⁶¹. Per il soggetto *in vinculis*, inoltre, la dichiarazione di nomina è possibile anche con atto ricevuto dal direttore dell'istituto penitenziario, *ex art. 123 c.p.p.*, nel qual caso ha efficacia immediata come se fosse direttamente ricevuta dall'autorità giudiziaria, a cui va poi

nomina difensiva resta affidata al solo buon senso del legale già nominato per la cognizione.

⁶⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 31 maggio 1996, Chianese, in CED, n. 205371, in un caso in cui i giudici di legittimità avevano dichiarato l'inammissibilità del ricorso avverso la revoca dell'affidamento al servizio sociale presentato da un difensore che era stato semplicemente segnalato dall'interessato (e non ritualmente nominato) alla polizia giudiziaria al momento del suo arresto.

⁶¹ Per tutti, cfr. M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 524-525.

comunque comunicata con urgenza (art. 44 norme att. c.p.p.).

4. *Segue: la presentazione della richiesta* – Il codice di rito abrogato definiva diversamente l’atto d’impulso del procedimento, a seconda che provenisse dal p.m. ovvero dall’interessato: per il primo caso, adottava il termine “richiesta”, per il secondo quello di “istanza”. Nell’art. 666 c.p.p. 1988, invece, si fa uso del termine “richiesta”, a prescindere dai soggetti legittimati all’avvio del rito. La scelta è coerente col principio della partecipazione paritetica di accusa e difesa in ogni stato e grado del procedimento – cui il nuovo codice di procedura ha inteso dare concreta applicazione (cfr. art. 2 n. 3 legge-delega n. 81 del 1987) – ulteriormente rafforzato e garantito dall’art. 111 comma 2 Cost.

In assenza di una specifica disciplina legislativa circa la forma che l’atto introduttivo deve assumere, può ritenersi, in generale, che essa vada presentata per iscritto, mediante deposito in cancelleria, ai sensi della norma generale di cui all’art. 121 c.p.p.; oppure, qualora l’interessato sia detenuto, tramite atto ricevuto dal direttore dell’istituto penitenziario e immediatamente comunicato al giudice competente (*ex art. 123 comma 1 c.p.p. e 44 norme att. c.p.p.*)⁶². Invero, il silenzio del legislatore sul punto ha indotto la giurisprudenza di legittimità – in considerazione degli effetti negativi che può generare un eccessivo formalismo nella fase esecutiva – a ritenere vigente, in questo ambito, il principio della “libertà delle forme” (art. 125 c.p.p.), non avendo l’atto introduttivo natura

⁶² Sul punto, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 420; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2875-2876.

d'impugnazione⁶³, con la conseguente ammissibilità di istanze formulate anche oralmente in udienza⁶⁴ o, addirittura, nel corso di procedimento avviato in relazione a un diverso *petitum*, purché, in tali casi, naturalmente, sia garantito all'altra parte il contraddittorio sul punto⁶⁵.

L'esclusione della natura d'impugnazione della richiesta comporta, peraltro, che l'atto introduttivo del procedimento non possa essere presentato attraverso il deposito nella cancelleria del giudice di pace e del tribunale del luogo in cui le parti private e i difensori si trovano, se diverso da quello in cui si ha sede il giudice dell'esecuzione, in applicazione delle norme sulla presentazione (art. 582 c.p.p.) e sulla spedizione (art. 583 c.p.p.) dell'atto d'impugnazione⁶⁶; così come non può trovare ingresso la facoltà di rinuncia riconosciuta alle parti dall'art. 589 c.p.p., sempre in tema d'impugnazione, con la conseguenza che è da ritenersi illegittima la declaratoria d'inammissibilità dell'incidente assunta dal giudice sul presupposto della rinuncia ad esso della parte

⁶³ Cfr., a tal proposito, Cass., sez. I, 4 dicembre 2000, Fontanella, cit., per la quale « l'atto con il quale si dà ingresso al procedimento di esecuzione, non avendo natura di impugnazione, non è sottoposto alle relative formalità ».

⁶⁴ In questo senso, anche se con specifico riferimento al procedimento di sorveglianza, Cass., sez. I, 21 ottobre 1992, Bosco, in *A. n. proc. pen.*, 1993, p. 319; *contra*, però, Cass, sez. I, 11 maggio 1992, Menditto, *ivi*, 1992, p. 764.

⁶⁵ Cfr. Cass., sez. III, 4 novembre 2005, Conversano, cit.; Cass., sez. I, 4 dicembre 2000, Fontanella, cit.

⁶⁶ In dottrina, ammettono, invece, tale possibilità, « non esistendo alcuna disposizione in contrario e non risultando controindicazioni dal sistema », F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 201; ID. - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 183; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, p. 802.

privata, essendo i casi d'inammissibilità limitati alla manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge e alla mera riproposizione di richiesta già rigettata e basata sui medesimi elementi⁶⁷. Ad avviso dei giudici di legittimità, il procedimento d'esecuzione, « una volta instaurato e portato avanti nel pieno contraddittorio di tutte le parti interessate, deve trovare la sua naturale conclusione – salve le previste cause d'inammissibilità – in una decisione che esamini e risolva le questioni in esso prospettate e dibattute da tutti gli interessati, a nulla rilevando che qualcuno di costoro assuma una posizione di rinuncia; ciò perché deve darsi comunque definitiva certezza ad un determinato titolo esecutivo, nel rispetto e nella tutela dei vari interessi eventualmente contrapposti e sottoposti al vaglio del giudice »⁶⁸.

L'art. 666 c.p.p. non prevede, inoltre, nessun termine per la suddetta presentazione, cosicché deve ritenersi che la richiesta possa essere inoltrata in qualsiasi momento, anche – come già precisato – nel corso di un procedimento instaurato ad altro scopo⁶⁹ e finanche a esecuzione conclusa (v., ad es., art. 672 comma 4 e 673 c.p.p.)⁷⁰. Né la medesima norma si premura di specificare quali debbano essere i contenuti minimi dell'atto introduttivo. È, tuttavia, pacifico che l'atto propulsivo debba presentare determinati elementi, in assenza dei quali è destinato ad essere

⁶⁷ Sul punto, cfr. Cass., sez. I, 19 febbraio 2009, G.M.F., in *Cass. pen.*, 2010, p. 2331; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2001, Palladino, *ivi*, p. 1094.

⁶⁸ Testualmente, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2001, Palladino, *cit.*

⁶⁹ Cfr. Cass., sez. III, 4 novembre 2005, Conversano, *cit.*

⁷⁰ Cfr., sul punto, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, *cit.*, p. 295; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1256.

dichiarato inammissibile: si tratta delle generalità dell'istante e del destinatario della decisione, della sottoscrizione dell'atto da parte del medesimo proponente, dell'individuazione del titolo esecutivo e del provvedimento irrevocabile⁷¹; così come della specificazione del *petitum* nonché dell'illustrazione, sia pure concisa, delle ragioni per le quali si richiede al giudice adito di pronunciarsi – dovendo questi vagliarne preliminarmente la manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 666 comma 2 c.p.p. – con conseguente inammissibilità della richiesta che dovesse risultarne del tutto priva⁷².

In giurisprudenza, si tende a escludere che nella richiesta debbano necessariamente essere dedotti specifici

⁷¹ La giurisprudenza costante ritiene che la richiesta che introduce il procedimento *de quo* non sia inammissibile in caso di mancata allegazione del titolo esecutivo e del provvedimento che sulla base di quest'ultimo è stato emesso (v., per tutte, Cass., sez. III, 12 febbraio 2009, Russo, in CED, n. 243252).

⁷² Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 202; ID. - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 183 ss.; S. LORUSSO, *Guidice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 188; in giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 3 dicembre 1993, De Vita, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2205, ad avviso della quale, « posto che il giudice dell'esecuzione è l'organo che la legge designa come competente a risolvere episodi controvertibili che possono insorgere in via interpretativa e successiva all'esecuzione, relativamente alla sussistenza, all'entità, alla modifica ed all'efficacia del titolo esecutivo, ne consegue che la richiesta d'intervento che pubblico ministero, interessato e difensore ad esso rivolgono, in quanto diretta ad ottenere una decisione, deve presentare i caratteri propri della domanda giudiziale, nelle sue essenziali componenti di *petitum* e *causa pretendi* ».

motivi o elementi di prova⁷³. A tal ultimo proposito, in questa sede è appena il caso di segnalare come in giurisprudenza si ritenga l'assenza di un vero e proprio *onus probandi* in capo alle parti, desunta, peraltro, da un'interpretazione meramente letterale dell'art. 666 comma 5 c.p.p., che riconosce al giudice procedente il potere « di chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno »⁷⁴.

5. Il vaglio preliminare sull'ammissibilità della richiesta. – L'art. 666 comma 2 c.p.p. prevede che il giudice, prima di affrontare nel merito la richiesta, in sede d'udienza camerale, ne verifichi preliminarmente le condizioni d'ammissibilità: ovvero, che la stessa non risulti manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge e che non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, in quanto basata sui medesimi elementi della precedente.

⁷³ Così, Cass., sez. I, 15 gennaio 1992, Centello, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1485, la quale precisa come « la non necessità di specificare le ragioni della richiesta ha fondamento nel disposto del comma secondo dell'art. 666, che limita i casi di inammissibilità dell'istanza alla manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge ed alla mera riproposizione di istanza già rigettata e basata sui medesimi elementi [...] »; v. anche Cass., sez. I, 8 maggio 1997, Nikolic, in CED, n. 208394.

⁷⁴ Per i necessari approfondimenti sul punto, v., *infra*, cap. 4, § 2. Ad ogni modo, nell'ambito del procedimento di esecuzione, un vero e proprio obbligo di acquisire copie delle sentenze o dei decreti irrevocabili è imposto al giudice dall'art. 186 norme att. c.p.p., a proposito dell'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato.

La disposizione *de qua*, di portata generale⁷⁵, evidentemente ispirata a ragioni di economia processuale, ricalca la procedura di controllo preliminare dei presupposti per l'avvio dell'omologo procedimento di sorveglianza prevista dall'art. 71-*sexies* comma 1 e 2 ord. penit. – a sua volta derivata dalla prassi giurisprudenziale in materia di incidenti d'esecuzione⁷⁶ – allo scopo di scongiurare la presentazione di richieste meramente dilatorie.

In considerazione della precipua *ratio* del meccanismo, in dottrina se n'è conseguentemente sostenuta, da parte di qualcuno, la non operatività con riferimento all'atto d'iniziativa del p.m.⁷⁷. In merito, però, si deve segnalare l'intervento chiarificatore della Corte costituzionale, la quale ha affermato che l'art. 666 comma

⁷⁵ Cfr. Cass., sez. V, 20 settembre 1999, Laci, in *Cass. pen.*, 2001, p. 197.

⁷⁶ Già prima che la legge 12 gennaio 1977 n. 1 introducesse il suddetto art. 71-*sexies* ord. penit., durante la vigenza del vecchio codice di rito non erano mancate, in giurisprudenza, prese di posizione tese a riconoscere al giudice dell'esecuzione, pur in mancanza di una normativa espressa sul punto, il potere di dichiarare inammissibile l'istanza (o richiesta) d'incidente qualora costituisse mera riproposizione di altra già rigettata (tra le altre, v. Cass., sez. V, 4 ottobre 1983, Cottone, in *Cass. pen.*, 1985, p. 411).

⁷⁷ In questo senso, seppure con riferimento al procedimento di sorveglianza, cfr. A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 161; *contra*, G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 239, il quale rileva « che l'inammissibilità potrebbe essere riscontrata anche nella richiesta del pubblico ministero e non nella sola istanza dell'interessato, non essendo formulate dalla legge preclusioni in proposito [...] »; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1994, p. 330.

2 c.p.p. assoggetta la richiesta alla medesima disciplina, da qualunque parte essa provenga, così legittimando l'attivazione del predetto filtro anche in relazione alla domanda dell'organo dell'accusa⁷⁸.

È stato pure sottolineato, sempre in dottrina, come la declaratoria d'inammissibilità rechi con sé il rischio di un vero e proprio giudizio anticipato di merito⁷⁹. Il rilievo è senz'altro fondato. Con riferimento alla “manifesta infondatezza”⁸⁰, la precisazione testuale « per difetto delle condizioni di legge », non appare in grado, infatti, di delimitare nettamente la cognizione del giudice alla

⁷⁸ Cfr. Corte cost., ord. 19 giugno 1995 n. 267, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2798 ss. In dottrina, G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 239; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, cit., p. 329; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 158.

⁷⁹ Secondo G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, cit., p. 328 ss., « qualora l'infondatezza della domanda implicasse un giudizio di merito, impedendo così a monte l'instaurarsi del contraddittorio orale all'interno della camera di consiglio, la disciplina sarebbe in contrasto con la direttiva n. 96 legge-delega e, pertanto, incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. »; v. anche F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 204; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 183 ss.; G.G. SANDRELLI, *Il procedimento di esecuzione*, cit., p. 558; G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 414, per il quale, invece, « il giudizio sotteso è di merito, atteso che si deve valutare se sussistano tutte le condizioni di legge o vengano riproposti i medesimi elementi a sostegno della domanda ».

⁸⁰ Critico sull'impiego della locuzione “manifestamente infondata”, G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 300, in quanto essa « mal si riconcilia con la ricognizione dei presupposti processuali della domanda ».

rilevabilità *ictu oculi* della mancanza dei soli presupposti normativi della richiesta. D'altronde, l'art. 666 commi 3 e 4 c.p.p., non lascia dubbi circa il fatto che la delibazione di fondatezza nel merito della domanda debba avvenire in udienza e nel contraddittorio tra le parti. Una conferma in tal senso proviene anche dalla costante giurisprudenza, la quale, affrontando il problema, ha precisato che, « ogni qualvolta si pongano problemi di valutazione, imponenti l'uso di criteri interpretativi in relazione al “*thema probandum*”, deve essere data all'istante la possibilità dell'instaurazione del contraddittorio con il procedimento camerale [...] »⁸¹. In casi di questo genere, l'opzione per il vaglio preliminare *de plano*, privando le parti della possibilità di contraddire sul punto oggetto di valutazione da parte dell'organo decidente, esporrebbe la norma ad una censura d'incostituzionalità per violazione delle regole del “giusto processo”⁸², sotto il profilo del principio del contraddittorio.

⁸¹ Così, Cass., sez. V, 5 maggio 1998, Prato, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2568; nello stesso senso, più di recente, Cass., sez. I, 10 maggio 2006, *Gueye*, in CED, n. 234137; Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, *Aragno*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 620; Cass., sez. I, 27 maggio 2003, Cimetti, in CED, n. 224941. Sostanzialmente conforme la dottrina. Per tutti, v. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 204, a parere del quale « è evidente che il difetto delle condizioni di legge deve risultare *ictu oculi* e non deve essere frutto di valutazioni argomentative di tipo complesso e comunque rese opinabili dalla esistenza, ad esempio, di possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta a base della richiesta »; G. Di CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, cit., p. 329; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 184.

⁸² Sul punto, cfr. S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p.187, per il quale la norma sarebbe passibile d'incostituzionalità anche « per eccesso di delega,

Venendo, quindi, alla seconda causa d'inammissibilità, individuata dalla norma nella proposizione di una richiesta meramente ripetitiva, nei contenuti, di altra già respinta, essa si configura come un'estrinsecazione del generale divieto di *bis in idem*, il cui effetto preclusivo in sede esecutiva, laddove fondato su elementi di fatto e/o di diritto, suscettibili di modificazione, si estrinseca *rebus sic stantibus*, analogamente a quanto avviene in materia di giudicato cautelare⁸³. Cosicché, il presupposto del *repetita in idem*, pur in presenza dello stesso *petitum*, non potrà dirsi integrato allorché la situazione prospettata nella nuova richiesta risulti essere fondata su elementi diversi da quelli già presi in considerazione in un precedente provvedimento, senza che rilevi la circostanza che siano a questo antecedenti ovvero sopravvenuti⁸⁴.

Anche l'identità degli "elementi", in relazione sia al *petitum* che alla *causa petendi*, deve risultare *prima facie*:

fungendo la previsione da fattore ostativo all'instaurazione del contraddittorio voluta a chiare lettere per i procedimenti di esecuzione dalla direttiva n. 96 della legge delega ».

⁸³ Sull'atteggiarsi del giudicato *in executivis*, v., *infra*, cap. 5, § 3.

⁸⁴ Cass., sez. V, 20 ottobre 1993, Colecchia, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1279; nella medesima direzione, più recentemente, Cass., sez. III, 30 settembre 2004, Iannotta, *ivi*, 2006, p. 2604; Cass., sez. III, 5 dicembre 2003, Prestianni, *ivi*, 2005, p. 110. Circa la possibilità di considerare il mutamento di giurisprudenza della Corte di legittimità, quale elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo", v. Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in CED, n. 246651, la quale ha stabilito il seguente principio di diritto: « il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta [...] in precedenza rigettata ».

anche in tal caso, è da escludersi, infatti, un qualsiasi approfondimento nel merito da parte del giudice che procede al vaglio preliminare⁸⁵. Risulta evidente, pertanto, come l'adeguata tutela dei diritti difensivi dell'interessato dipenda da un'interpretazione in termini restrittivi delle suddette condizioni d'inammissibilità.

Ciò premesso, solo qualora ravvisi a prima vista l'inammissibilità della richiesta, il giudice potrà procedere – non prima, però, di avere sentito il p.m.⁸⁶ – a dichiararla mediante decreto motivato, da notificarsi all'interessato entro cinque giorni⁸⁷. Contro tale provvedimento, la norma

⁸⁵ Cfr. F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 204.

⁸⁶ La giurisprudenza ricollega la necessità dell'audizione del p.m. alla natura giurisdizionale del procedimento (cfr. Cass., sez. I, 8 giugno 1992, Voliani, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2620), ritenendo il mancato ascolto causa di nullità ora relativa (in questa direzione, Cass., sez. III, 22 marzo 2007, Adornato, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2527) ora a regime intermedio, *ex art.* 178 comma 1 lett. *b* c.p.p. (Cass., sez. I, 3 aprile 2000, Pischetta, *ivi*, 2001, p. 927).

⁸⁷ Si noti che l'art. 666 c.p.p. non prevede la condanna al pagamento delle spese processuali a carico dell'interessato che abbia avviato il procedimento d'esecuzione dichiarato poi inammissibile o rigettato. A tal proposito, cfr. Corte cost., sent. 20 febbraio 1997 n. 45, in *Giur. cost.*, 1997, p. 432, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma *de qua*, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. – nella parte in cui, appunto, essa non prevede la condanna al pagamento delle spese processuali nelle ipotesi sopra dette – ha sottolineato che « non si rinviene in Costituzione un principio che faccia obbligo allo Stato di recuperare in ogni caso le spese processuali, sì che di volta in volta si tratta di valutare la ragionevolezza della scelta operata dal legislatore. E nella specie essa è certamente non irragionevole: tale procedimento ha infatti la finalità di stabilire, nell'interesse della giustizia, il concreto contenuto dell'esecuzione, sì che rimane ad esso estranea la regola della soccombenza; mentre

prevede l'esperibilità del ricorso per cassazione⁸⁸. Qualora il giudice sia collegiale, onde assecondare le già evidenziate esigenze di economia processuale, la legge dispone che l'eventuale declaratoria *de qua* sia emessa dal relativo presidente. Ove l'inammissibilità della richiesta non sia da questi rilevata, ma le ragioni che la fondano siano comunque di palmare evidenza, la giurisprudenza prevalente ammette che possa provvedervi, prima dell'udienza, direttamente il collegio con provvedimento da assumere *de plano*⁸⁹. Tale orientamento appare in contrasto con quanto prescritto dalla norma, la quale richiede che, in mancanza del decreto d'inammissibilità emesso dal presidente del collegio, quest'ultimo fissi la data dell'udienza camerale, nella cui sede si procede con la partecipazione necessaria del difensore e del p.m., ai sensi dell'art. 666 commi 3 e 4 c.p.p. Alla luce di ciò, si deve concludere, pertanto, che il collegio non sia legittimato a emettere l'eventuale declaratoria d'inammissibilità prima di avere messo in condizione le parti di interloquire in

con il ricorso per Cassazione si realizza in pieno la fase contenziosa e, quindi, l'applicazione di quel principio non è priva di giustificazione ». Sul punto, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 422; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2877.

⁸⁸ È opportuno precisare, sin da subito, che il termine per ricorrere è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585 comma 1 c.p.p. e non quello di cinque giorni, previsto dal vecchio art. 71-*sexies* ord. penit. (cfr. Cass., sez. I, 4 dicembre 1991, Iandolo, in *Riv. pen.*, 1992, p. 991).

⁸⁹ Cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 2005, Troccoli, in CED, n. 232710; Cass., sez. III, 25 settembre 1995, Ivanovic, *ivi*, n. 202697; Cass., sez. I, 14 ottobre 1991, Franceschini, in *Cass. pen.*, 1993, p. 94.

udienza, pena la violazione dell'art. 111 comma 2 Cost., per mancato rispetto del principio del contraddittorio⁹⁰.

Sempre sul fronte delle garanzie procedurali, la disciplina *de qua* suscita ulteriori perplessità. La circostanza che il giudice, prima di pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, debba sentire il p.m. *inaudita altera parte*, determina chiaramente un'ingiustificata disparità di trattamento tra le parti del procedimento, in palese violazione dei principi del contraddittorio e della parità delle parti già richiamati⁹¹. L'organo dell'accusa può, infatti, in questa sede, condizionare in suo favore la decisione preliminare del giudice, manifestando le ragioni a sostegno sia dell'ammissibilità della propria richiesta sia

⁹⁰ Cfr., per tutti, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 215; in giurisprudenza, benché isolatamente, cfr. Cass., sez. I, 7 luglio 1992, Semeria, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2560 (per la quale « allorquando in ordine all'inammissibilità della richiesta non è il presidente del collegio a provvedere in via preliminare ai sensi del comma secondo dell'art. 666 [c.p.p.], ma l'intero collegio, non può addivenirsi alla risoluzione dell'incidente "de plano", occorrendo invece la rituale costituzione del contraddittorio (art. 666 comma terzo [c.p.p.]) con la partecipazione necessaria del [p.m.] e del difensore all'udienza (comma quarto del suddetto articolo). Ne consegue che la mancata osservanza totale degli adempimenti indispensabili alla instaurazione di detto contraddittorio comporta una nullità assoluta ed insanabile, rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'art. 178 lett. [c c.p.p.] »), con nota adesiva di A. PORRAS GONZALES.

⁹¹ *Ex multis*, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 299 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 185; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 420 ss.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 216 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 149.

dell'inammissibilità di quella dell'interessato. Non vale a superare il contrasto della previsione codicistica con i canoni del giusto processo, l'interpretazione, sostenuta da una parte della dottrina⁹², per cui il parere obbligatorio del p.m. equivarrebbe, in realtà, a una mera informazione circa gli esiti del vaglio preliminare effettuato dal giudice, che l'interessato apprende, a sua volta, mediante la notifica del decreto d'inammissibilità prevista dall'art. 666 comma 2 c.p.p.⁹³. Per la verità, la notificazione dell'eventuale decreto d'inammissibilità all'interessato, prevista dalla norma precipuamente allo scopo di consentirgli di proporre ricorso per cassazione, non sembra in grado di riequilibrare il rapporto con l'organo pubblico. Il doveroso rispetto della parità delle parti, imposto dall'art. 111 comma 2 Cost., richiederebbe, invero, di riconoscere alla parte privata la possibilità – anche tramite il suo difensore, la cui assistenza dovrebbe, dunque, essere prevista obbligatoriamente già nella fase preliminare del procedimento – di replicare, prima della declaratoria

⁹² Cfr., per tutti, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 205, secondo il quale, « l'aver previsto che prima dell'emissione del decreto sia sentito il solo pubblico ministero, più che costituire una violazione del principio del contraddittorio, sembra piuttosto rispondere ad una costruzione per così dire alquanto strana della procedura in questione. Difatti, si ha l'impressione che questo obbligo [...] costituisca in realtà lo strumento per informare il pubblico ministero stesso del fatto che sta per essere emesso il decreto in oggetto, anziché per recepire l'opinione di tale parte processuale al fine di tenerne debito conto nella decisione ».

⁹³ Critico verso questa impostazione, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 422; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2876.

giudiziale, alle osservazioni del p.m.⁹⁴. Peraltro, la tenuta costituzionale dell'art. 666 comma 2 c.p.p., potrebbe essere garantita – in un'ottica *de iure condendo* – mediante la previsione di un contraddittorio di tipo cartolare sull'ammissibilità della richiesta, da instaurarsi nella fase che precede l'apertura dell'udienza, con conseguente espunzione dalla norma *de qua* dell'audizione del p.m.⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, Dander, in CED, n. 252020, in tema di giudizio di revisione, in cui si afferma che, ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio, « il parere del pubblico ministero che sia stato, sia pure irritualmente, acquisito ai fini della valutazione sull'ammissibilità della richiesta, e che abbia un contenuto argomentativo, deve essere comunicato alla parte richiedente ». In dottrina, cfr. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, p. 576; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 158, secondo cui la già citata ordinanza n. 267 del 1995 della Corte costituzionale – in cui la Consulta ha chiarito che la normativa assoggetta la richiesta alla medesima disciplina, a prescindere da chi sia il richiedente – esigerebbe un'interpretazione estensiva dell'art. 666 comma 2 c.p.p., che imponga, « quando la richiesta pervenga dal p.m., l'audizione dell'interessato »; più in generale, sulla parità delle armi, sotto l'aspetto della « conoscenza degli atti di controparte », v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 148, il quale chiarisce come « [...] la garanzia per ciascuna parte di non essere collocata in situazioni di svantaggio tali da comportare il rischio di una decisione fondata su elementi non sottoposti al principio della parità delle armi, oper[i] lungo tutto l'arco del procedimento »; ID., voce *Giusto processo*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir., Ann.*, II, 1, Milano, 2008, p. 433 ss.

⁹⁵ Cfr., in dottrina, D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 158: secondo l'A, « [p]er favorire la celerità e salvaguardare la funzione deflativa della delibazione, più che una paritetica audizione, sarebbe stato opportuno prevedere una sorta d'interpello: tramite l'informativa della richiesta presentata [...] finalizzata a garantire il contraddittorio cartolare, consentendo alla

Una soluzione di compromesso, questa, che avrebbe il pregio di preservare, al contempo, la precipua *ratio* dell'istituto.

La bontà di questa opzione pare manifestarsi, del resto, anche alla luce del tipo di rimedio previsto avverso la pronuncia d'inammissibilità. L'attuale disciplina legislativa prevede, infatti, l'esperibilità del solo ricorso per cassazione. Non può sottovalutarsi, allora, il rischio che l'impugnazione in sede di legittimità, precludendo la verifica delle questioni che non siano di stretto diritto, si riduca ad un rimedio illusorio, sottraendo all'interessato qualsiasi *chance* concreta di interloquire sull'ammissibilità della richiesta⁹⁶. Si tratta, oltretutto, di una soluzione regressiva a fronte del doppio rimedio, opposizione e ricorso per cassazione, garantito, invece, per il procedimento di sorveglianza dal previgente art. 71-*sexies* ord. penit.⁹⁷, dal quale – si è detto – discende l'odierna

parte non richiedente, entro un termine prefissato, la controdeduzione tramite memorie ».

⁹⁶ Il rilievo appare tanto più fondato con riguardo al procedimento di sorveglianza, laddove, infatti, le questioni al vaglio del giudice sono in massima parte di merito.

⁹⁷ L'art. 71-*sexies* prevedeva, avverso la pronuncia in esame, la facoltà di proporre opposizione, che, dando luogo all'instaurazione del procedimento di sorveglianza, garantiva la possibilità di esaminare la questione sottoposta anche nel merito. L'ordinanza conclusiva del procedimento era, a sua volta, ricorribile per cassazione. Sul punto, cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 216, secondo cui « l'unica strada da percorrere consisterebbe nel configurare il procedimento [...] quale modello a contraddittorio eventuale e posticipato: andrebbe così riconosciuta al solo interessato la legittimazione a proporre opposizione avverso il decreto, e, correlativamente, si dovrebbe obbligare il giudice a dare corso al procedimento, fissando l'udienza di trattazione [...] ».

disciplina sull'inammissibilità e che avrebbe meritato, certamente, di essere riproposto nella vigente normativa sul procedimento d'esecuzione.

Proseguendo nel discorso volto a evidenziare i limiti e le lacune della normativa sul vaglio d'ammissibilità, priva di giustificazione appare, altresì, la scelta del legislatore tecnico del 1988 di non prevedere una sanzione per l'inosservanza del termine di cinque giorni previsto per la notifica del decreto d'inammissibilità. Tale inadempienza, difatti, è foriera di ulteriori pregiudizi per l'interessato, comportando essa lo slittamento dell'eventuale proposizione del ricorso per cassazione⁹⁸. Quanto alla mancanza, all'interno della norma, di qualsiasi riferimento al *dies a quo* per la decorrenza del suddetto termine, si deve ritenere che questo decorra dalla data del deposito del decreto in cancelleria, in applicazione della regola generale di cui all'art. 128 c.p.p., in materia di deposito di tutti i provvedimenti pronunciati dal giudice.

Circa, poi, i legittimati ad impugnare, nonostante il silenzio della disposizione sul punto, si ritiene siano tali, oltre all'interessato, anche il p.m. e il difensore⁹⁹. Con riferimento a quest'ultimo, la legittimazione è desumibile dalla regola generale dall'art. 571 c.p.p., nonché, indirettamente, dallo stesso art. 666 comma 6 c.p.p. Si deve sottolineare, però, la mancanza di una disposizione che preveda la nomina di un difensore d'ufficio

⁹⁸ Cfr. T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 1044; in giurisprudenza, tra le altre, cfr. Cass., sez. I, 23 febbraio 2001, Firrisi, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2815; Cass., sez. I, 3 luglio 1992, D'Angello, in CED, n. 192029.

⁹⁹ In questo senso, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 205; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 120.

all'interessato che, all'atto della notifica del decreto, non abbia ancora provveduto a nominarne uno di fiducia. La nomina del difensore d'ufficio, infatti, è imposta al giudice soltanto ove questi non abbia emesso una declaratoria d'inammissibilità e in contemporanea alla fissazione dell'udienza camerale (art. 666 comma 3 c.p.p.). Si paventa, così, il rischio che al momento della presentazione dell'impugnazione, l'interessato proponente non goda ancora d'assistenza difensiva¹⁰⁰. A tal proposito, si deve rilevare, altresì, la mancata espressa previsione della notifica del decreto d'inammissibilità al difensore di fiducia. Può, inoltre, accadere, in questo frangente, che l'interessato, ove sia infermo di mente, manchi anche di un rappresentante legale. In base all'art. 666 comma 8 c.p.p., l'eventuale nomina, da parte del giudice, del tutore o curatore all'interessato che ne sia privo è possibile, infatti, solo al momento della *vocatio in iudicium*, ossia successivamente alla fase preliminare del filtro d'inammissibilità¹⁰¹.

¹⁰⁰ ... fatto salvo l'ambito di operatività dell'art. 656 comma 5 c.p.p. che prevede – come visto – una forma di “ultrattività” del mandato conferito al difensore nel giudizio di cognizione ai fini del procedimento di sorveglianza avviato per la richiesta di misura alternativa dall'esterno.

¹⁰¹ L'esercizio effettivo del diritto di difesa all'interno di una fase, qual è quella esecutiva, in cui è evidente la natura complessa delle questioni trattate, richiederebbe, infatti, che l'interessato fosse sempre assistito da un legale. Sull'irrinunciabilità dell'assistenza difensiva e sui suoi contenuti, si è pronunciata, in un'importante sentenza, la Corte Costituzionale, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. – nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva abbia il diritto di conferire col difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena – ha affermato che il diritto di difesa « comprende [quello] alla difesa tecnica, e dunque anche il diritto – ad esso

Lo *ius impugnandi* – come anticipato – è riconosciuto anche all’organo dell’accusa, grazie al raccordo sistematico degli art. 568 comma 3 e 128 c.p.p. Non vi è, peraltro, una presa di posizione omogenea in giurisprudenza, in ordine al significato del suo interesse ad impugnare: talvolta, questo è stato ravvisato nel mero interesse alla corretta applicazione della legge, mentre, in altre occasioni, si è ritenuto dovesse piuttosto ravvisarsi in

strumentale – di poter conferire con il difensore allo scopo di predisporre le difese e di decidere le strategie difensive, ed ancor prima allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall’ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti. Deve quindi potersi esplicitare non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì con riferimento a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione – tecnicamente assistita – degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall’ordinamento » (Corte cost., sent. 3 luglio 1997 n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2141 ss.; v., inoltre, Corte cost., sent. 18 maggio 1970 n. 69, *ivi*, 1970, p. 973 ss., con nota di M. CHIAVARIO). Inoltre, si è già detto, *supra*, nel testo, § 3, della necessità di prevedere, da parte del legislatore tecnico, degli strumenti che mettano in condizione l’interessato di essere assistito da un difensore, eventualmente anche d’ufficio. A tal proposito, si è fatto riferimento alla disposizione di cui all’abrogato art. 71 comma 2 ord. penit. nonché all’auspicabile soluzione, in base alla quale « il pubblico ministero, fin dall’inizio dell’esecuzione della pena, debba inviare al condannato l’informazione di cui all’art. 369-*bis* c.p.p., per consentire al difensore, di fiducia o d’ufficio, di interloquire prima della dichiarazione di inammissibilità » (così L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 398); sul punto, cfr. anche F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 121; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 423; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2877.

un « concreto interesse alla rimozione del provvedimento impugnato »¹⁰².

Va ricordato, infine, che l'impugnazione produce l'effetto di sospendere l'esecuzione del provvedimento fino alla conclusione del giudizio di cassazione (art. 588 comma 1 c.p.p.), dovendosi escludere l'applicabilità del regime di cui all'art. 666 comma 7 c.p.p. Quest'ultima, in quanto norma eccezionale, non è estensibile alla declaratoria di inammissibilità¹⁰³. L'esame del ricorso avviene a norma dell'art. 611 c.p.p. Secondo l'orientamento pressoché unanime in giurisprudenza, il decreto eventualmente riconosciuto illegittimo dalla Corte di cassazione deve essere annullato senza rinvio (art. 620 lett. *l* c.p.p.), con trasmissione degli atti all'organo procedente affinché dia corso all'udienza camerale¹⁰⁴.

6. La fissazione della data dell'udienza – Superato positivamente il vaglio d'ammissibilità, il giudice o il presidente del collegio, dopo avere designato un difensore d'ufficio all'interessato che ne sia privo, fissa la data dell'udienza camerale e ne fa dare avviso al p.m., allo stesso interessato e al suo difensore, almeno dieci giorni prima della data predetta (art. 666 comma 3 c.p.p.).

¹⁰² Per il primo significato, v. Cass., sez. I, 4 ottobre 1991, Ferraiolo, in *A. n. proc. pen.*, 1992, p. 272; mentre, per il secondo, Cass., sez. I, 13 novembre 1992, Sanneris, in *Cass. pen.*, 1994, p. 329.

¹⁰³ Sulla questione, v., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 6 maggio 1998, Been Saad, in CED, n. 210785.

¹⁰⁴ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 6 luglio 2006, Valfrè, in CED, n. 234889; Cass., sez. I, 4 aprile 2001, Candeloro, *ivi*, n. 219363; Cass., sez. I, 24 febbraio 1993, Messina, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1282; *contra*, Cass., sez. I, 1° aprile 2003, Zara, in CED, n. 224520; Cass., sez. I, 21 dicembre 1998, Lucano, *ivi*, n. 212295.

Necessita subito chiarire che, nel silenzio della legge e per costante giurisprudenza, in sede di rito d'esecuzione non trova applicazione la disciplina in materia di sospensione temporanea del procedimento per infermità mentale dell'imputato di cui agli art. 70 ss. c.p.p. L'art. 666 comma 8 c.p.p., al fine d'assicurare un'adeguata tutela processuale in capo a tale soggetto, prevede specificamente, però, che l'avviso d'udienza sia assicurato anche al suo rappresentante legale¹⁰⁵. In ogni caso, quella del tutore o curatore è una legittimazione passiva concorrente con quella dell'interessato, che non viene meno.

Ciò premesso, l'art. 666 comma 3 c.p.p. prescrive, anzitutto, la designazione del difensore d'ufficio all'interessato privo di un legale di fiducia. Già l'art. 630 comma 1 c.p.p. 1930 prevedeva un siffatto obbligo di nomina¹⁰⁶, ma limitatamente al caso in cui l'interessato fosse stato ammesso al gratuito patrocinio. Ciò comportava una limitazione ingiustificata del diritto di difesa. Sulla questione, però, si deve richiamare un risalente, ma risolutivo intervento della Corte costituzionale, la quale ebbe modo, infatti, di dichiarare l'illegittimità parziale

¹⁰⁵ Cfr. Cass., sez. I, 9 marzo 2007, Bencivenga, in CED, n. 236770; Cass., sez. I, 29 aprile 1993, Ferro, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2143.

¹⁰⁶ L'art. 71 comma 2 ord. penit., così come risultante dalla novella del 1977, in materia di procedimento di sorveglianza, prevedeva, invece, una procedura particolare di designazione: il tribunale di sorveglianza (o il magistrato) procedeva a nominare direttamente il difensore d'ufficio soltanto dopo avere constatato l'infruttuosità dell'invito rivolto all'interessato ai fini di una nomina di fiducia. In ogni caso, era previsto – come si è avuto già modo di dire – che la designazione avvenisse prima della fissazione della data d'udienza, onde consentire la realizzazione di un effettivo contraddittorio.

della suddetta norma per violazione dell'art. 24 comma 2 Cost., in quanto non garantiva il diritto alla difesa tecnica all'interessato che, non ammesso al gratuito patrocinio, non avesse provveduto a nominare un difensore di fiducia. In particolare, in quell'occasione i giudici della Consulta precisarono come « il diritto di difesa, nell'ambito del processo penale, comprend[a] in sé, oltre la facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche, ove egli non la eserciti, l'obbligo dello Stato di provvedere alla difesa di lui, con la nomina di un difensore »¹⁰⁷. Il codice del 1988, recepito l'insegnamento della Consulta, ha previsto, pertanto, la designazione obbligatoria del difensore d'ufficio per il condannato e gli altri interessati che non abbiano precedentemente provveduto ad una nomina di fiducia, secondo l'articolata disciplina dell'art. 97 c.p.p. A tale difensore spetterà la notificazione dell'avviso d'udienza. La presenza del legale, infatti, assume una portata decisiva, data la peculiare e complessa natura delle questioni giuridiche trattate nella fase *de qua*, le quali richiedono necessariamente che all'“interessato” sia assicurata l'assistenza tecnica lungo l'intero corso del procedimento¹⁰⁸. Nonostante la designazione del difensore d'ufficio, quest'ultimo è pur sempre libero di nominare, in qualsiasi momento dell'*iter* procedimentale e, dunque,

¹⁰⁷ *Ad litteram*, Corte cost., sent. 18 maggio 1970 n. 69, cit.

¹⁰⁸ Anche se la giurisprudenza sottolinea come « la disposizione di cui all'art. 28 [norme att. c.p.p.] che prevede che il nome del difensore di ufficio deve essere comunicato senza ritardo all'imputato, non [sia] tutelata, in caso di omissione, da alcuna sanzione di nullità »: così Cass., sez. I, 2 febbraio 2006, Matei, in CED, n. 233540; di recente, Cass., sez. VI, 3 giugno 2010, Attene, *ivi*, n. 248036.

anche in udienza, un legale di fiducia¹⁰⁹. Inoltre, egli può, ove si trovi nelle condizioni previste dalla legge, fare richiesta d'ammissione al gratuito patrocinio, *ex art. 75 comma 2 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115*, in materia di spese di giustizia, secondo cui la relativa disciplina « si applica, in quanto compatibile, anche nella fase dell'esecuzione [...] nonché nei processi relativi all'applicazione di misure di sicurezza, di prevenzione e di competenza del tribunale di sorveglianza »¹¹⁰.

¹⁰⁹ In dottrina, onde assicurare all'interessato tale facoltà, si è sostenuta la necessità che sia inserito nel testo dell'avviso l'invito per l'interessato a nominare un difensore di fiducia. A tal proposito, cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 123.

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1998 n. 139, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2300, che ha specificato come « l'esecuzione viene in rilievo [...] come fase del procedimento per la sua connotazione sostanziale in rapporto alle altre fasi; l'espressione, quindi, non identifica un organo piuttosto che l'altro, ma comprende tutti gli organi della giurisdizione penale chiamati a compiere, oggettivamente, attività di esecuzione ».

Sono previste, tuttavia, alcune deroghe per determinate categorie di soggetti: ai sensi dell'art. 76 comma 4-*bis* d.p.r. n. 115 del 2002, per i condannati a determinati gravi reati, rientranti nell'art. 4-*bis* ord. penit., il reddito valutabile ai fini dell'ammissione al gratuito patrocinio « si ritiene superiore ai limiti previsti » dai commi precedenti. Altra deroga, questa volta *in melius*, è prevista dall'art. 13 comma 6 d.l. 15 gennaio 1991 n. 8 (così come modificato dalla l. 15 marzo 1991 n. 82 e, più di recente, dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45), laddove tra le misure di assistenza economica riservate ai collaboratori di giustizia è ricompresa l'assistenza legale. In tema, per tutti, v. P. SECHI, *Il patrocinio per i non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, p. 179 ss.; sulle recenti modifiche al d.p.r. n. 115 del 2002, EAD., *Le innovazioni in materia di patrocinio a spese dello Stato: alla ricerca di un difficile equilibrio tra efficienza processuale e*

7. Segue: l'avviso della data d'udienza e i suoi destinatari. – Allo scopo di consentire il corretto svolgimento dell'udienza camerale, sotto il profilo del contraddittorio, fondamentale risulta, altresì, il diritto delle parti ad essere informate della data d'udienza.

Un problema si pone con riferimento all'esatto significato del termine con cui la norma individua i destinatari dell'avviso: mentre il più volte citato art. 127 c.p.p. si riferisce alle parti, ai difensori e alle "altre persone interessate" (si badi che anche il vecchio art. 630 c.p.p. prevedeva tra i destinatari dell'avviso *de quo* oltre al p.m. e all'interessato, anche "gli altri" che vi avessero interesse), il dato testuale dell'art. 666 comma 3 c.p.p. – *id est*: « alle parti e ai difensori » – sembrerebbe escludere quest'ultima categoria¹¹¹. In ogni caso, l'art. 666 comma 8 c.p.p. include tra i destinatari del predetto avviso il tutore o curatore (anche provvisorio) dell'interessato infermo di mente.

Onde evitare un'ingiustificata compressione del contraddittorio, sia in dottrina che in giurisprudenza si è ritenuto di dover andare al di là del mero significato letterale del termine "parti" presente nella norma in esame. Termine che, se interpretato restrittivamente, porterebbe,

tutela dei non abbienti, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. 193-206; F. CASSIBBA, in AA.VV., *Le modifiche al d.p.R. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza - F. Viganò, Torino, 2008, p. 401-428.

¹¹¹ Cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 189-190, secondo i quali tale limitazione pone la norma *de qua* « in posizione dissonante [...] rispetto alla scelta di fondo del nuovo codice, che ha previsto l'intervento nel processo penale degli enti e delle associazioni rappresentative degli interessi lesi ».

evidentemente, all'esclusione di tutti quei soggetti i quali, pur non partecipando direttamente al procedimento e non essendo, pertanto, parti in senso processuale, sarebbero nondimeno interessati al suo epilogo (si pensi, per fare un esempio, alla persona offesa dal reato o al danneggiato)¹¹². Ne deriva che la qualità di parte va intesa in senso atecnico e deve essere riconosciuta, pertanto, non soltanto al p.m. e all'interessato, ma anche a tutti quei soggetti portatori d'interessi giuridicamente tutelati « alla rimozione o al consolidamento di una situazione inerente od originata dall'esecuzione e dalla quale possa agli stessi derivare od in concreto derivi un pregiudizio od un vantaggio »¹¹³.

8. Segue: forma e contenuti dell'avviso d'udienza. – Quanto alla forma che deve rivestire il provvedimento con cui il giudice fissa la data dell'udienza camerale, nel silenzio della disposizione, essa è stata individuata in

¹¹² Cfr., per tutti, F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 194; in giurisprudenza, Cass., sez. un., 28 aprile 1998, Bacherotti, in *Riv. pen.*, 1999, p. 633; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2001, Paladino, in CED, n. 218486; v., però, Cass., sez. V, 24 maggio 2005, Romiti, *ivi*, n. 231866, per la quale « [n]on è nullo il provvedimento di revoca della sentenza di condanna, per sopravvenuta “*abolitio criminis*” del reato, emesso dal giudice dell'esecuzione senza l'avviso alle parti civili dell'udienza camerale *ex art. 666 comma [3 c.p.p.]*, in quanto i soggetti costituiti parte civile nel processo di cognizione non hanno interesse a partecipare all'incidente di esecuzione dal quale non potrebbe derivare alcun vantaggio o pregiudizio per le situazioni soggettive di cui essi sono titolari, dal momento che il loro diritto al risarcimento permane anche a seguito dell'abrogazione del reato ».

¹¹³ Così, F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 194.

quella del decreto¹¹⁴. Data la natura giurisdizionale del procedimento e la funzione cui assolve l'avviso *de quo*, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere, infatti, che esso sia equiparabile al decreto di citazione emesso nel processo di cognizione: è stato rilevato, del resto, come sottenda ad entrambi i provvedimenti la medesima *ratio*, ossia consentire alle parti un adeguato esercizio del diritto di difesa e un contraddittorio effettivo in sede d'udienza¹¹⁵.

Chiarita la forma che deve rivestire l'atto *de quo*, rimane, ora, da precisare quali debbano essere i suoi contenuti, pur in assenza di un'esplicitazione in tal senso negli art. 666 e 127 c.p.p. Merita subito precisare che la suddetta equiparazione tra decreto che dispone il giudizio e avviso d'udienza nel procedimento d'esecuzione non comporta, in automatico, che tale ultimo provvedimento debba presentare tutti gli elementi di cui all'art. 429 c.p.p. Cosicché, in mancanza di un richiamo espresso, la disposizione appena richiamata necessita, per la sua

¹¹⁴ ... forma, peraltro, già prevista espressamente dall'art. 630 comma 1 c.p.p. abrogato.

¹¹⁵ Sul punto, cfr. G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 240; F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 193; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 561; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 424; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2878; in giurisprudenza, v. Cass., sez. I, 30 ottobre 2007, Murano, in CED, n. 239501; Cass., sez. I, 15 aprile 1998, *ivi*, n. 210547; Cass., sez. I, 28 settembre 1995, De Gregorio, *ivi*, n. 202498; Cass., sez. I, 19 maggio 1993, D'Arpino, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2730; cfr., tuttavia, Cass. sez. I, 3 febbraio 2005, Caterino, in CED, n. 232273.

applicazione nella sede in esame, degli opportuni adattamenti, in considerazione delle peculiarità della giurisdizione esecutiva. Ciò detto, si deve ritenere, in via interpretativa, che l'avviso d'udienza di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p., in quanto finalizzato alla *vocatio in iudicium* delle parti, debba necessariamente contenere, quali requisiti minimi indefettibili, l'individuazione del giudice avanti al quale si svolgerà l'udienza, il luogo, il giorno, l'ora della comparizione; nonché l'indicazione, sia pur sintetica, dell'oggetto del procedimento, essendo essa necessaria al fine d'assicurare l'instaurazione di un contraddittorio effettivo in sede camerale¹¹⁶. Ove l'interessato risultasse privo di assistenza legale, l'avviso *de quo* dovrebbe contenere, altresì, la nomina del difensore d'ufficio. Si può ritenere che, in tal caso, la notificazione del provvedimento costituisca anche comunicazione valida ai sensi dell'art. 28 norme att. c.p.p., per cui, in conseguenza, il provvedimento in esame dovrebbe contenere l'avvertimento che l'interessato potrà nominare in qualunque momento un difensore di fiducia¹¹⁷.

¹¹⁶ In questi termini, la giurisprudenza costante. Cfr., fra le altre, Cass., sez. I, 12 dicembre 2003, Argenta, in *Cass. pen.*, 2005, p. 108, per la quale l'omessa indicazione dell'oggetto « determina una nullità ai sensi dell'art. 178, comma primo, lett. [c c.p.p.] »; Cass., sez. III, 14 febbraio 2003, Bellagamba, *ivi*, 2004, p. 2065.

¹¹⁷ La giurisprudenza, però, lo esclude. In merito, per tutte, v. Cass., sez. VI, 11 agosto 1992, Iengo, in CED, n. 191958, secondo cui « all'interessato non è mai dovuto un preventivo e diverso avviso di procedimento capace di annoverare tra i propri elementi costitutivi "l'invito ad esercitare la facoltà di nominare un difensore". È onere, perciò, dell'interessato avvertire il difensore di fiducia perché possa partecipare all'udienza in camera di consiglio qualora della data per essa stabilita abbia avuto regolare notificazione ».

La giurisprudenza non ritiene necessaria un'esposizione del fatto e delle ragioni per le quali la procedura è stata avviata, argomentando sul presupposto dell'incombenza in capo all'interessato e al suo difensore dell'onere di prendere conoscenza dagli atti contenuti nel fascicolo delle circostanze che saranno poi valutate dal giudice in camera di consiglio¹¹⁸. A questo scopo, pur nel silenzio della legge, si deve ammettere, però, che gli atti del procedimento vadano depositati contestualmente all'avviso stesso, onde consentire così alle parti di estrarne copia nei giorni precedenti l'udienza¹¹⁹.

Se da un lato, nel procedimento d'esecuzione – stante la natura delle questioni trattate – non è ipotizzabile, in linea generale, una contestazione in senso tecnico, del tipo di quella che deve contenere il decreto che dispone il giudizio nel processo di merito, dall'altro, non può disconoscersi l'importanza che avrebbe un'informazione precisa e dettagliata dell'"addebito", allorché il procedimento *de quo* abbia, soprattutto, ad oggetto interventi peggiorativi sul titolo esecutivo¹²⁰: l'interessato sarebbe messo così nella condizione di meglio approntare le opportune deduzioni in vista dell'udienza camerale.

La normativa non prevede neanche che nell'avviso sia fatta menzione della facoltà dell'interessato di essere sentito personalmente¹²¹, né la giurisprudenza la ritiene

¹¹⁸ Per tutte, cfr., di recente, Cass., sez. I, 14 luglio 2010, Mensotero, in CED, n. 248177.

¹¹⁹ In tal senso, *ex multis*, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 192 ss.; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 804.

¹²⁰ ... si pensi alla revoca dei provvedimenti di cui all'art. 674 c.p.p.

¹²¹ Ai sensi dell'art. 146-*bis* comma 2 norme att. c.p.p., se l'interessato chiede di partecipare e rientri in una delle ipotesi 146-

necessaria, « trattandosi di diritto che discende direttamente dalla legge » – per il quale opererebbe dunque una presunzione di conoscenza¹²² – e « costituendo onere dell'interessato stesso formulare richiesta in tal senso all'organo giudicante »¹²³. Tale orientamento non appare condivisibile, in quanto, un'informazione circa i profili partecipativi dell'interessato avrebbe il pregio di garantire a tale soggetto un consapevole esercizio del diritto di difesa materiale. Per cui, nella prospettiva di assicurare eseguendo una maggior tutela, l'avviso d'udienza dovrebbe riportare l'indicazione del diritto del medesimo di richiedere di essere sentito personalmente se ne fa richiesta e sia a piede libero ovvero detenuto in un istituto posto dentro la circoscrizione del giudice procedente; come anche, ove sia detenuto o internato in luogo posto al di fuori della predetta circoscrizione, del diritto di essere udito, sempre a richiesta, prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo (art. 666 comma 4 c.p.p.).

bis commi 1 e 1-*bis* norme att. c.p.p. deve essergli notificato contestualmente all'avviso d'udienza anche il decreto presidenziale che dispone la sua partecipazione in videoconferenza ai sensi 45-*bis* comma 2 norme att. c.p.p.; il medesimo atto andrà notificato anche al difensore. In tema, v. M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 169.

¹²² Cfr. Cass., sez. I, 15 marzo 1993, Degau, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1282, secondo cui l'omesso avviso della facoltà di essere sentito personalmente e la sua conseguente mancata audizione, o traduzione se detenuto, non determina alcuna nullità; Cass., sez. un., 25 marzo 1998, D'Abramo, in CED, n. 210801, in materia *de libertate*.

¹²³ Cass., sez. I, 11 aprile 1994, Belmonte, in CED, n. 197661.

Per consentire all'interessato di esercitare appieno tutte le facoltà e i diritti riconosciutegli dalla legge nell'ambito del procedimento in esame, l'avviso d'udienza dovrebbe riportare, infine, anche l'indicazione che le parti, fino a cinque giorni prima dell'udienza, possono presentare memorie in cancelleria (art. 666 comma 3 c.p.p.) e prendere conoscenza degli atti ivi depositati.

La circostanza, invece, che la norma *de qua* non richieda la presenza dell'interessato in udienza esclude l'applicabilità dell'istituto della contumacia, di talché l'avviso non deve riportare l'avvertimento che non comparendo egli in udienza si procederà in sua assenza¹²⁴. La mancata comparizione dell'interessato, infatti, assume rilevanza – come si avrà modo di chiarire¹²⁵ – solo nel caso egli sia legittimamente impedito e manifesti la volontà di presenziare¹²⁶.

Un problema in vista della corretta instaurazione del contraddittorio in sede camerale, potrebbe nascere con riferimento all'interessato straniero che non conosca la lingua italiana, per il quale sorge comunque la necessità di comprendere il significato dell'avviso d'udienza al fine di poter esercitare in maniera consapevole le proprie prerogative difensive. In considerazione della natura di decreto di citazione a giudizio dell'avviso d'udienza *de quo* – alla luce della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 143 c.p.p. nonché dell'art. 111 comma 3 Cost.¹²⁷ –

¹²⁴ Cass., sez. VI, 15 giugno 1992, Ferraro, in CED, n. 191322.

¹²⁵ V., *infra*, cap. 3, § 2.

¹²⁶ Cfr. Cass., sez. IV, 26 gennaio 2005, Todeschini, in CED, n. 230921; Cass., sez. un., 8 aprile 1998, Cerroni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2069.

¹²⁷ In merito, v., *supra*, cap. 1, § 10.

è indubbio che esiste in capo all'interessato alloglotta il diritto alla traduzione, in lingua a lui conosciuta, del suddetto provvedimento¹²⁸.

9. Segue: il termine di preavviso. – L'art. 666 comma 3 c.p.p. prevede l'obbligo, in capo al giudice, di dare avviso della data d'udienza alle parti e al difensore « almeno dieci giorni prima della data predetta ». Trattasi, all'evidenza, di termine dilatorio, per il quale, ai sensi della norma generale di cui all'art. 172 comma 5 c.p.p., i giorni vanno computati, dunque, interi e liberi. Inoltre, il

¹²⁸ Riconosce il diritto alla traduzione dell'avviso d'udienza, esplicitamente, Trib. sorv. Milano, 8 luglio 1999, in *Foro ambr.*, 2000, p. 32, secondo il quale l'art. 143 c.p.p. « sancisce il diritto per l'imputato che non conosce la lingua italiana di farsi assistere da un interprete. Il diritto all'interprete ricomprende, a sua volta, il diritto alla traduzione del decreto di citazione a giudizio in tutti i suoi elementi costitutivi. Ne consegue la nullità assoluta e insanabile, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., dell'avviso di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per l'applicazione di una misura di sicurezza, avente natura di decreto di citazione a giudizio, non tradotto nella lingua dell'interessato. Tale avviso infatti costituisce l'atto fondamentale per l'instaurazione di un corretto rapporto processuale e la violazione del diritto dell'interessato di vedersi notificato il decreto di citazione a giudizio nella lingua a lui nota integra una nullità assoluta e insanabile, che travolge l'intero procedimento di sorveglianza ». In dottrina, cfr. P.P. RIVELLO, *La struttura, al documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, X.1, Milano, 1999, p. 253-254; tuttavia, v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 264, secondo il quale « risulta problematico forzare l'art. 143 comma 1 c.p.p. per ricavarne un generico obbligo di traduzione dell'avviso d'udienza a favore dell'interessato alloglotta o valevole anche per i procedimenti in cui si discuta sulla concessione di una misura extramuraria ».

termine *de quo* è più ampio (il doppio) di quello quantificato dal vecchio art. 630 c.p.p. 1930 – come anche del termine di cui all’art. 71 comma 2 ord. penit., in materia di procedimento di sorveglianza – e mira ad assicurare all’interessato e al suo difensore la possibilità di prendere visione di tutta la documentazione agli atti del procedimento, per una predisposizione adeguata delle attività di difesa, in vista, soprattutto, della presentazione di eventuali memorie a sostegno o in opposizione alla richiesta stessa¹²⁹. La *ratio* garantista di tale termine rischia, però, di rimanere, in alcuni casi, frustrata dalla ritenuta inapplicabilità, da parte della giurisprudenza dominante, dell’art. 172 comma 3 c.p.p. – ai sensi del quale, il termine che scade in giorno festivo è prorogato di diritto al giorno successivo non festivo – ai termini dilatori¹³⁰. Occorre rilevare, infine, come ad esso si applichi la sospensione dei termini feriali, che, però, non opera allorché « una non tempestiva trattazione del procedimento incidentale di esecuzione possa concretamente valere a pregiudicare lo “*status libertatis*” del condannato »¹³¹. Le esigenze di speditezza sottese alla giurisdizione esecutiva, imporrebbero, altresì, di ammettere, a favore dell’interessato, la possibilità della rinuncia al termine per la notifica di cui all’art. 666 comma 3 c.p.p.¹³².

¹²⁹ Sul punto, cfr. F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 212.

¹³⁰ Cfr., tra le altre, Cass., sez. VI, 2 marzo 2005, Cadoni, in CED, n. 231355; *contra*, tuttavia, Cass., sez. IV, 4 luglio 1997, Medici, *ivi*, n. 209286.

¹³¹ Così, Cass., sez. VI, 15 febbraio 2000, Vincenti, in CED, n. 217119.

¹³² Cfr., in relazione all’art. 127 comma 1 c.p.p., Cass., sez. I, 21 febbraio 2001, Di Puppo, in CED, n. 218919.

Purtroppo, la mancanza di vincoli normativi che impongano al giudice dell'esecuzione di fissare la data d'udienza entro un termine breve comporta, nella prassi, che la decisione nel merito intervenga a notevole distanza di tempo dall'avvio del procedimento, con immaginabili pregiudizi in capo all'istante (si pensi al caso in cui egli non abbia più interesse alla pronuncia per avere, nelle more, espiato la pena)¹³³.

10. Segue: le nullità dell'avviso. – Nessuna conseguenza sanzionatoria, peraltro, è prevista, espressamente, dalla normativa contenuta all'interno del Libro decimo c.p.p., per l'inosservanza delle disposizioni fin qui esaminate e relative alle forme e ai termini riguardanti la fase preliminare all'udienza camerale¹³⁴.

¹³³ Nell'ambito della giurisdizione rieducativa, risulta espressamente disciplinata, invece, la possibilità di avanzare tutta una serie di richieste interinali, con finalità cautelare, all'organo monocratico (v., ad es., art. 47 comma 4; 47-ter comma 1-*quater*; 50 comma 6 ord. penit.) che evitano all'interessato di subire il pregiudizio derivante dalle lungaggini del procedimento avanti al giudice competente a emettere la decisione definitiva.

¹³⁴ Diversamente, l'art. 630 comma 3 c.p.p. 1930 prevedeva in materia una disciplina esplicita. L'inosservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 – dedicati, rispettivamente, alla nomina del difensore d'ufficio, alla fissazione della data dell'udienza e alle relative comunicazioni e notificazioni al p.m., al privato che avesse proposto l'incidente e agli altri che avessero interesse (comma 1); nonché al diritto dei privati, se comparsi e se non detenuti in luogo diverso da quello in cui risiede il giudice, di essere uditi personalmente o per mezzo del difensore, di presentare memorie, e alla presentazione, da parte del pubblico ministero, di requisitorie scritte (comma 2) – era, infatti, causa di nullità. Il regime delle singole nullità (di ordine speciale) era poi individuato

L'assenza di una disciplina esplicita, in tema d'invalidità degli atti *in executivis*, ha, fin da subito, indotto sia la dottrina che la giurisprudenza a propendere – alla luce dell'intervenuta “giurisdizionalizzazione” della fase esecutiva – per l'applicabilità delle regole generali (in quanto compatibili) previste nel Titolo VII del Libro II c.p.p.¹³⁵.

Tale soluzione permette di superare alcuni evidenti profili d'incostituzionalità dell'art. 666 comma 3 c.p.p., riuscendo così a garantire il regolare funzionamento del procedimento. Se, dunque, da un lato, non è oramai più in discussione che alla violazione delle regole poste a presidio di un effettivo contraddittorio deve ricollegarsi,

da dottrina e giurisprudenza sulla base della diversa posizione dei soggetti nel procedimento.

¹³⁵ In dottrina si è sostenuto che il fatto che le nullità siano delineate per “categorie generali” e non per ipotesi specifiche, consentirebbe implicitamente di considerare applicabili ai procedimenti esecutivi gli art. 178 ss. c.p.p. Si esprime in questo senso F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 215 ss., ad avviso del quale « la avvenuta giurisdizionalizzazione della fase porta [...] alla naturale applicazione delle regole generali dettate per il processo di cognizione, salvo che le stesse risultino incompatibili con la peculiarità del rito esecutivo »; cfr., inoltre, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, cit., p. 326; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 200 ss.; G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 240; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 63. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 24 giugno 1998, Tomelleri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3201; Cass., sez. I, 29 aprile 1998, Pepitoni, in CED, n. 210773; Cass., sez. VI, 17 giugno 1992, Parisi, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1272, con nota di S. LORUSSO; Cass., sez. I, 1 febbraio 1991, Napoli, in *Giur. it.*, 1991, p. 14; Cass., sez. V, 24 ottobre 1990, Spatolisano, in *Cass. pen.*, 1991, p. 14.

anche nella fase esecutiva, una sanzione; dall'altro, tuttavia, si rende necessario verificare, di volta in volta, la riconducibilità delle singole violazioni alle ipotesi tassative di nullità previste dagli art. 177 ss. c.p.p.

Per quanto riguarda, anzitutto, l'omissione dell'avviso d'udienza all'interessato, sia in giurisprudenza che in dottrina, si ritiene che essa, incidendo sulla *vocatio in iudicium*, dia luogo ad una nullità assoluta ex art. 179 comma 1 c.p.p., per « omessa citazione dell'imputato », al quale è equiparato l'interessato esecutato¹³⁶. Comporta le medesime conseguenze, l'eventuale mancata notificazione, a norma dell'art. 166 c.p.p., al soggetto interdetto o infermo di mente¹³⁷.

Per la medesima ragione, si deve ritenere, inoltre, che anche la notificazione intempestiva ai medesimi soggetti

¹³⁶ Cfr. Cass., sez. I, 17 ottobre 2002, Camporotondo, in CED, n. 222718, per cui « integra nullità assoluta e insanabile l'omessa notificazione dell'avviso di udienza all'interessato anche se quest'ultimo sia presente ad essa, qualora non risulti che l'avviso esista e che il destinatario sia a conoscenza del suo contenuto »; Cass., sez. I, 28 settembre 1995, De Gregorio, *ivi*, n. 202498. In dottrina, per tutti, F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 124, il quale sostiene che all'interno dell'ipotesi dell'omissione dell'avviso all'interessato debba ricomprendersi « non solo la sua totale preterizione, ma, altresì, quelle deficienze contenutistiche che lo rendano inidoneo alla funzione per cui è predisposto »; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424-425; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2878.

¹³⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 25 febbraio 2000, Dondero, in CED, n. 215708; Cass., sez. V, 13 aprile 2004, Perreca, *ivi*, n. 229204.

sia produttiva di una nullità assoluta, ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c e 179 comma 1 c.p.p.¹³⁸.

¹³⁸ In dottrina, cfr. L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 401 ss.; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 561; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 425; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2878. In giurisprudenza, propende per la nullità assoluta della comunicazione, Cass., sez. I, 22 settembre 1995, Squillino, in *A. n. proc. pen.*, 1996, p. 453; Cass., sez. I, 22 settembre 1999, Esposito, in *Riv. pen.*, 2000, p. 404; Cass., sez. I, 28 marzo 1996, Rodoquino, in *Cass. pen.*, 1997, p. 766; è stato precisato, inoltre, che la nullità assoluta ex art. 179 c.p.p. è configurabile pure allorché l'interessato sia presente all'udienza, qualora non risulti che l'atto esista e che il destinatario sia a conoscenza del suo contenuto (Cass., sez. I, 17 ottobre 2002, Camporotondo, cit.). *Contra*, tra gli altri, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 218; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 277 ss., il quale sottolinea come l'inosservanza del termine « determin[i] un significativo *vulnus* al diritto di difesa, ma non un azzeramento dello stesso »; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 6 aprile 2000, De Nardi, *ivi*, 2001, p. 919, secondo cui la suddetta inosservanza, « inerendo alle modalità di intervento, assistenza e rappresentanza della parte privata nel procedimento in questione, determina nullità di ordine generale ex art. 178, lett. [c c.p.p.]. Tale nullità non ha carattere assoluto, poiché non riguarda l'omessa citazione dell'interessato o del suo difensore, sicché è soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 [c.p.p.], come pure alla sanatoria di cui all'art. 184 stesso codice »; Cass., sez. I, 18 novembre 1999, Sculli, *ivi*, 2001, p. 1890, per cui la nullità può essere tempestivamente eccepita con l'atto d'impugnazione; conf. Cass., sez. I, 8 ottobre 1997, D'Alessandro, *ivi*, 1998, p. 3039. Isolatamente, Cass., sez. I, 27 febbraio 1996, Cinalli, *ivi*, 1997, p. 105, colloca tale vizio nella categoria della nullità relativa. Sulla distinzione tra irregolare e mancante notificazione, cfr. Cass., sez. un., 27 novembre 2004, Palumbo, *ivi*, 2005, p. 1148, con nota di M. VESSICHELLI.

In tema di notificazione irregolare, la giurisprudenza tende a considerare tale vizio – ad esempio, l’omessa ovvero l’errata indicazione dell’autorità giudiziaria procedente, della data o del luogo d’udienza, oppure la mancata o insufficiente specificazione dell’oggetto del procedimento – produttivo di una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell’art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.¹³⁹. Al contempo, riconosce, però, che il medesimo vizio, ove sia tale da impedire all’interessato l’intervento e l’esercizio del diritto di difesa, dia luogo a una nullità assoluta del procedimento, equivalendo, in tal caso, all’omessa citazione¹⁴⁰. Parte della dottrina, invece, è propensa a riconoscere sempre, nei casi di notificazione irregolare, una nullità assoluta *ex art.* 179 comma 1 c.p.p., reputando l’avviso invalido, come l’omesso avviso, quindi, inidoneo alla citazione dell’interessato¹⁴¹.

Quanto alla mancata notifica del suddetto avviso al difensore, anche in questo caso, essa produce una nullità assoluta *ex art.* 179 comma 1 c.p.p., essendo la partecipazione di questo soggetto prevista come necessaria

¹³⁹ Cfr. Cass., sez. III, 14 febbraio 2003, Bellagamba, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2065; Cass., sez. I, 15 aprile 1991, Sandari, in CED, n. 187505.

¹⁴⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 22 febbraio 2001, Tavernaro, in CED, n. 18921, secondo cui, ad esempio, « [l]’inesatta indicazione, nel provvedimento con cui l’interessato viene citato a giudizio, del luogo di celebrazione dell’udienza, determina una nullità assoluta del procedimento, in quanto la trattazione della causa in un luogo diverso da quello fissato per la comparizione impedisce all’interessato medesimo l’intervento e l’esercizio del diritto di difesa, equivalendo ad omessa citazione ».

¹⁴¹ O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2878. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 22 febbraio 2001, Tavernaro, cit.

dallo stesso art. 666 comma 4 c.p.p.¹⁴². Più precisamente, tale invalidità consegue all'omessa notifica al difensore di fiducia dell'interessato, anche se all'udienza abbia partecipato un difensore d'ufficio¹⁴³. Occorre, tuttavia, rilevare che, qualora l'interessato sia assistito da due

¹⁴² In dottrina, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 220 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 201; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424-425; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2878. In giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 17 giugno 1992, Parisi, cit., per la quale « nel procedimento d'esecuzione, l'inosservanza dell'art. 666 commi 3 e 4 c.p.p., concernenti l'avviso al difensore e la sua partecipazione all'udienza in camera di consiglio, deve intendersi sanzionata, in mancanza di una specifica previsione, dalla nullità di ordine generale di cui all'art. 179 comma 1 c.p.p., per l'ipotesi dell'assenza del difensore nei casi in cui è obbligatoria la presenza. Ne consegue che l'omessa notificazione dell'avviso con la data fissata per la trattazione dell'incidente di esecuzione al difensore di fiducia dell'interessato e la sua conseguente assenza dall'udienza comportano la nullità assoluta del procedimento e dei provvedimenti adottati »; conf., Cass., sez. I, 2 luglio 1993, Trotta, *ivi*, 1994, p. 2219; Cass., sez. I, 22 marzo 1996, Prugni, *ivi*, 1997, p. 765, secondo cui « l'omissione dell'avviso al difensore di udienza dinanzi al tribunale di sorveglianza dà luogo a nullità assoluta ai sensi dell'art. 179, comma 1 ultima parte c.p.p., poiché, nel procedimento disciplinato dall'art. 666 c.p.p. è prevista la partecipazione necessaria del difensore, oltre che del pubblico ministero »; Cass., sez. I, 23 gennaio 2003, Dello Iacono, in *Guida dir.*, 2003, n. 21, p. 70.

¹⁴³ Cfr. Cass., sez. I, 29 aprile 1998, Pepitoni, in CED, n. 210773, ad avviso della quale « nel procedimento di esecuzione ed in quello di sorveglianza, la mancata notifica al difensore di fiducia dell'avviso di udienza in camera di consiglio determina una nullità di ordine generale, assoluta ed insanabile dell'udienza, ancorché tenuta in presenza del difensore d'ufficio, e degli atti successivi, ai sensi degli artt. 178, lett. [c] e 179 c.p.p. »; conf., Cass., sez. I, 21 settembre 1993, Anaclerio, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2730-2731.

difensori, il mancato avviso a uno di essi configura una nullità a regime intermedio, che resta sanata se l'altro difensore, presente in udienza, svolge le argomentazioni difensive senza sollevare eccezioni al riguardo¹⁴⁴. Mentre non vi è uniformità di vedute in tema di notificazione irregolare al medesimo difensore: all'orientamento che sostiene trattarsi di nullità assoluta, prevalente in dottrina¹⁴⁵, si contrappongono pronunce della giurisprudenza che qualificano tale vizio, ora come nullità a regime intermedio¹⁴⁶, ora addirittura come nullità relativa¹⁴⁷. L'obbligatorietà della presenza del difensore dell'interessato in udienza, prescritta dall'art. 666 comma 4 c.p.p., depone, però, a favore della nullità assoluta, coerentemente con quanto disposto dalla direttiva n. 96 legge-delega del 1987, circa la « necessità del contraddittorio » e dall'art. 111 Cost., in tema di “giusto processo”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ In questi termini, Cass., sez. II, 19 dicembre 1996, Gavazzo, in *Cass. pen.*, 1998, p. 899.

¹⁴⁵ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 220 ss.; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 201; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424-425; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2878.

¹⁴⁶ Cfr. Cass., sez. I, 16 marzo 1998, Nikolic, in CED, n. 210342; Cass., sez. I, 21 febbraio 1996, Chianise, in *A. n. proc. pen.*, 1996, p. 792; Cass., sez. I, 6 febbraio 1996, Sfragara, *ivi*, 1996, p. 639.

¹⁴⁷ Cfr. Cass., sez. I, 27 febbraio 1996, Cinalli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 105.

¹⁴⁸ Sul punto, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424, il quale sottolinea come l'avviso invalido sia inidoneo oltre che alla citazione dell'interessato, altresì a garantire la necessaria presenza del difensore; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2878.

A proposito, poi, delle ipotesi d'inosservanza dell'obbligo di dare l'avviso *de quo* al pubblico ministero (sia egli richiedente o meno), così come dell'irregolarità o dell'intempestività della comunicazione, si ritiene che esse diano luogo a nullità di ordine generale, a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. *b* e 180 c.p.p., incidendo sulla partecipazione dell'organo dell'accusa al procedimento¹⁴⁹. La comunicazione del suddetto avviso, infatti, mira ad assicurare la necessaria presenza di tale soggetto in camera di consiglio (art. 666 comma 4 c.p.p.), oltre a garantirgli la facoltà di presentare memorie nel termine previsto dalla normativa¹⁵⁰.

L'art. 666 c.p.p., infine, nulla dispone in ordine alle conseguenze ricollegabili all'inosservanza del termine di cinque giorni previsto per il deposito delle memorie. Esso è comunemente considerato di tipo ordinatorio: a differenza del termine di dieci giorni per la comunicazione dell'avviso d'udienza, stabilito dall'art. 666 comma 3 c.p.p., il suo mancato rispetto non produce alcuna sanzione processuale. Pertanto, le memorie possono essere depositate anche in un termine minore nonché direttamente nel corso dell'udienza, con l'avvertenza che, in tali casi, onde garantire un contraddittorio effettivo, può rendersi necessario – come già precisato – un rinvio dell'udienza, « diversamente essendovi la possibilità di vedere eccepire la nullità del procedimento per violazione del diritto di

¹⁴⁹ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 424; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2878.

¹⁵⁰ Per tutti, cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 217.

difesa, in relazione all'impedito o comunque menomato contraddittorio »¹⁵¹.

11. Il deposito delle memorie e degli atti – L'art. 666 comma 3 ultima parte c.p.p. prevede che le parti possano presentare memorie in cancelleria, fino a cinque giorni prima dell'udienza (cfr. art. 127 comma 2 e, in generale, 121 c.p.p.)¹⁵². Una volta depositate, nei cinque giorni liberi, le memorie sono messe a disposizione di tutte le parti, al fine di consentire loro eventuali controdeduzioni da presentare poi in sede camerale. A questo scopo, non è previsto, però, un obbligo per la parte che ha proceduto al deposito d'informare di ciò le altre parti¹⁵³. Tale lacuna normativa incide negativamente anche sulla possibilità di attuare concretamente un primo e utile contraddittorio "scritto" sulle questioni – stante l'alta tecnicità che le contraddistingue – oggetto di futura decisione giudiziale.

La norma *de qua* non si esprime nemmeno circa la necessità di consentire alle parti la consultazione dell'intero fascicolo attraverso il suo deposito in

¹⁵¹ Così F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 214.

¹⁵² Il vecchio art. 630 c.p.p. 1930 non contemplava espressamente la facoltà di presentare memorie.

¹⁵³ Sul punto, in particolare, cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 281-282; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 149: secondo l'A. « [s]e ne può desumere una violazione dell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo (oltre che degli art. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost.) per l'art. 121 c.p.p., che non vincola a ritenere come imposte alle parti la comunicazione (al pubblico ministero) e la notificazione (alle parti private) delle memorie o richieste presentate al giudice »; ID., *Rilanciato il « giusto processo »*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 794.

cancelleria¹⁵⁴. Ciò nonostante, un obbligo in questo senso sembra potersi desumere dal rilievo che la nomina del difensore in un momento anteriore all'udienza, così come la stessa comunicazione anticipata della data della stessa hanno un significato solo se sia garantita all'interessato e al suo difensore la conoscibilità di tutta la documentazione agli atti anche, eventualmente, attraverso l'estrazione di copia, al fine di predisporre per tempo una linea difensiva *ex informata conscientia* in vista della camera di consiglio¹⁵⁵. Non avrebbe senso, infatti, comunicare o far notificare l'avviso d'udienza senza, al contempo, consentire al diretto destinatario (specie l'interessato e il

¹⁵⁴ Il deposito in cancelleria della documentazione al fine di assicurarne la consultazione non era previsto espressamente neanche dall'art. 630 c.p.p. 1930. Sulla necessità del deposito, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 306; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 109; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit., p. 342; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 425; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2878; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 160; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 126; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 31 ottobre 1996, Raciti, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 184; Cass., sez. I, 20 maggio 1991, Bocchini, in *Cass. pen.*, 1992, p. 982. *Contra*, tuttavia, Trib. sorv. Trieste, 24 novembre 1998, Caiulo, in *Rass. penit. crim.*, 2001, p. 433, per cui non sussisterebbe, invece, l'obbligo del deposito degli atti e del relativo avviso.

¹⁵⁵ Cfr. Cass., sez. I, 31 ottobre 1996, Raciti, cit., p. 184, secondo cui l'obbligo di preventivo deposito può essere dedotto direttamente dal complesso della disciplina di cui all'art. 127 c.p.p., « sol che si consideri come una diversa interpretazione renderebbe pressoché inutile sul piano fattuale la comunicazione anticipata della data d'udienza, peraltro prevista a pena di nullità ».

suo difensore) di avere piena contezza dell'oggetto dell'udienza stessa. A favore del deposito *de quo* milita, altresì, la stessa facoltà delle parti di presentare memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza, che, evidentemente, perderebbe di significato se le parti non fossero messe nella condizione di conoscere il contenuto del fascicolo¹⁵⁶. È chiaro, peraltro, che un'interpretazione nel senso della non necessità del preventivo deposito degli atti esporrebbe la norma in esame a censura d'illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa¹⁵⁷.

Un'ulteriore conferma, ancorché indiretta, dell'obbligo del deposito del fascicolo, proviene dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 127 c.p.p., sollevata in riferimento agli art. 24 comma 2 e 76 Cost., in relazione all'art. 2 comma 1 n. 3 legge-delega n. 81 del 1987, ha già avuto occasione di precisare « che il sistema delineato dall'art. 127 [c.p.p.] comporta implicitamente l'obbligo di depositare gli atti trasmessi ai fini della decisione da

¹⁵⁶ Specie con riferimento all'omologo procedimento di sorveglianza, la possibilità di visionare il fascicolo assume estrema importanza, posto che il suo contenuto è costituito da tutta una serie di elementi (si pensi, a titolo esemplificativo, alla cartella personale, alle relazioni di sintesi, ai risultati delle inchieste sociali, alle informazioni di polizia) imprescindibili per il successivo svolgersi dell'udienza stessa.

¹⁵⁷ Sul punto, cfr. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 577, la quale sottolinea la necessità di colmare la lacuna, « alla luce del doveroso rispetto del contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost. »; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 406; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 287.

assumere nel procedimento camerale, e il connesso diritto delle parti di prenderne visione »¹⁵⁸.

Sulla stessa scia è posizionata anche la giurisprudenza di legittimità, la quale è oramai orientata nel senso di riconoscere l'operatività *in executivis* della disposizione di cui all'art. 466 c.p.p., che prevede la facoltà per le parti e i loro difensori di esaminare in cancelleria gli atti e i documenti raccolti nel fascicolo per il dibattimento e di estrarne copia. Sebbene sia dettata con riguardo specifico alla fase cognitiva, per la sua natura e per la sua palese strumentalità rispetto al concreto esercizio del diritto di difesa, tale disposizione deve ritenersi di portata generale ed estensibile a qualsiasi tipo di procedimento che preveda il contraddittorio tra le parti¹⁵⁹.

Al riconoscimento del diritto delle parti di estrarre copia sembra potersi pervenire anche attraverso un'applicazione analogica del principio enunciato nella sentenza costituzionale n. 192 del 1997, con la quale il giudice delle leggi ha affermato che « al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve accompagnarsi [...] automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia »¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Ad litteram*, Corte cost., ord. 20 dicembre 2000 n. 558, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1125. Sul punto, peraltro, cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 286, nota 266, al quale « [n]on sembra tuttavia praticabile un'automatica estensione applicativa di tale orientamento al procedimento di sorveglianza [...] ».

¹⁵⁹ Cass., sez. I, 4 aprile 2001, Monteleone, non massimata.

¹⁶⁰ Così Corte cost., sent. 24 giugno 1997 n. 192, in *Giur. cost.*, p. 1876 ss., con osservazioni di G. DI CHIARA e G. RANALDI;

Diversamente opinando, in mancanza di una previsione normativa espressa circa la possibilità per le parti di estrarre copia degli atti del fascicolo, dovrebbe concludersi per la necessità di una specifica autorizzazione in tal senso proveniente dal giudice procedente, in base al combinato disposto degli art. 43 norme att. c.p.p. e 116 comma 2 c.p.p. Stante l'esiguità del termine dilatorio di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p., il rischio connesso è evidente: la negazione, nei fatti, del diritto delle parti all'esercizio di una difesa informata e, dunque, effettiva¹⁶¹. Per ovviare a un simile inconveniente, qualora si propendesse per la necessità della previa autorizzazione, il giudice dovrebbe concedere un differimento d'udienza, fissando un termine a difesa a favore delle parti che non abbiano potuto conoscere in tempo la documentazione depositata per poterla esaminare e apprestare così le eventuali controdeduzioni¹⁶².

conf. Corte cost. 20 dicembre 2000 n. 558, cit., con riferimento al procedimento di cui all'art. 127 c.p.p.

¹⁶¹ Cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 119; in giurisprudenza, per tutte, Cass., sez. I, 31 ottobre 1996, Raciti, cit.

¹⁶² Cfr. Corte cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 16, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1182 e 2357, in materia di indagini suppletive *ex art.* 419 comma 3 c.p.p., con nota di A. CASELLI LAPESCHI.

CAPITOLO 3

L'UDIENZA IN CAMERA DI CONSIGLIO

SOMMARIO: **1.** La partecipazione necessaria del p.m. e del difensore all'udienza. – **2.** *Segue:* l'intervento dell'interessato: profili di ineffettività del contraddittorio camerale – **3.** Lo svolgimento dell'udienza. – **4.** *Segue:* l'udienza a “porte chiuse” al vaglio di compatibilità con i principi dell'equo processo.

1. La partecipazione necessaria del p.m. e del difensore all'udienza. – L'udienza del procedimento d'esecuzione – le cui scarne¹ coordinate normative sono racchiuse nell'art. 666 commi 4 e 5 c.p.p. – ricalca, a grandi linee, lo schema generale delineato per i procedimenti in camera di consiglio dall'art. 127 c.p.p.

La mancanza di una normativa specifica, in ordine alle dinamiche dell'udienza camerale, impone di rifarsi a quanto previsto dall'art. 45 norme att. c.p.p., che è disposizione generale applicabile ai procedimenti in camera di consiglio, nonché, stante la genericità di tale ultima previsione, alle norme che disciplinano le scansioni tipiche del processo di cognizione.

¹ ... in linea – per così dire – col principio della massima semplificazione, che permeava di sé già la previgente normativa (art. 628 ss. c.p.p. 1930).

Anzitutto, il compimento degli atti introduttivi all'udienza: il giudice deve provvedere, quale suo primo adempimento, a verificare la regolare costituzione dei contraddittori necessari. In caso di assenza di una parte o del difensore, qualora siano accertati vizi od omissioni in relazione all'avviso di fissazione della data d'udienza o alla sua notificazione o comunicazione ovvero vi sia un legittimo impedimento dell'interessato che abbia fatto richiesta di essere sentito, l'organo procedente deve rinviare l'udienza per un congruo termine, disponendo la rinnovazione della notificazione o comunicazione².

In base all'art. 666 comma 4 c.p.p., « l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero »³. Ne deriva, *in primis*, che la mancata comparizione dell'interessato all'udienza non comporta la formale dichiarazione di contumacia⁴. Mentre risvolti processuali di non poco conto determina l'assenza del difensore – ipotesi piuttosto frequente nella prassi – sia esso di fiducia o d'ufficio.

² Sull'ammissibilità del rinvio, tra le tante, cfr. Cass., sez. I, 17 aprile 2001, Ferrara, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2813, secondo cui la partecipazione dell'interessato all'udienza camerale non è necessaria, per cui l'impedimento a comparire non assume rilievo alcuno ai fini della celebrazione dell'udienza, sempre che non vi sia stata, da parte dello stesso, richiesta di essere sentito personalmente; Cass., sez. I, 14 novembre 1996, Guarnieri, *ivi*, 1998, p. 1409. In dottrina, cfr. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 413, i quali ammettono la rinnovazione degli avvisi a norma dell'art. 420-bis c.p.p., applicabile analogicamente.

³ L'art. 127 comma 3 c.p.p. prevede, invece, che il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso e il difensore siano sentiti soltanto se compaiono.

⁴ Cfr. Cass., sez. I, 28 aprile 1995, Vaglica, in CED, n. 202048.

Qualora la sua assenza sia dovuta alla mancata o irregolare notificazione del decreto di fissazione dell'udienza, si configura una nullità assoluta del procedimento ai sensi dell'art. 179 c.p.p., non essendo possibile, stante il vincolo normativo, lo svolgimento dell'udienza in sua assenza⁵. Sulla scorta di quanto si è avuto modo di precisare con riferimento alla necessità di rivolgere l'avviso d'udienza al difensore dell'eventuale interessato diverso dal condannato, pur in mancanza di un qualsiasi accenno in tal senso nell'art. 666 c.p.p., si deve ritenere che anche la partecipazione di detto difensore sia necessaria ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio, a pena di nullità assoluta⁶.

Nel caso, invece, di assenza del legale ritualmente avvisato, prevale, in giurisprudenza, la soluzione, peraltro non condivisibile, della nomina di un sostituto immediatamente reperibile, ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p.⁷. Questo rimedio è esteso anche al caso della mancata partecipazione del difensore dovuta a legittimo

⁵ Cfr. Cass., sez. V, 24 ottobre 1990, Spatolisano, in *Cass. pen.*, 1991, p. 14.

⁶ Sul punto, cfr. Cass., sez. IV, 15 maggio 2001, Luciano, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1631; Cass., sez. IV, 25 maggio 2000, Polito, in CED, n. 216805.

⁷ Nel senso della non estendibilità, al procedimento d'esecuzione, della normativa in punto di legittimo impedimento dettata per il processo di cognizione, prima della modifica dell'art. 111 Cost., si è pronunciata Cass., sez. un., 8 aprile 1998, Cerroni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2069, con nota di T. PLESSI; v. anche Cass., sez. I, 26 ottobre 1998, D'Onofrio, in CED, n. 212891. Dopo la riforma della norma costituzionale testé citata e l'entrata in vigore della legge 16 dicembre 1999 n. 479, che ha abrogato l'art. 486 c.p.p. e introdotto l'art. 420-ter c.p.p., v. Cass., sez. un., 27 giugno 2006, Passamani, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3981 ss. (con nota critica di L. DIPAOLA).

impedimento. Si ritiene, infatti, che la normativa sul legittimo impedimento operi soltanto nella fase di cognizione e a nulla rilevarebbe che l'art. 666 comma 4 c.p.p. richieda la partecipazione necessaria del legale, ben potendo tale condizione essere soddisfatta dalla presenza di altro difensore immediatamente reperibile, al quale il giudice potrà, eventualmente, concedere un congruo termine per la preparazione della difesa⁸. Tale soluzione non appare soddisfacente, specie ove si consideri che le questioni trattate nella sede *de qua*, per la loro natura tecnica e la delicatezza che le contraddistingue, esigono un contraddittorio effettivo tra il p.m. e il difensore di fiducia, il quale soltanto conosce approfonditamente della vicenda del proprio assistito. Ragione per la quale, si dovrebbe riconoscere – coerentemente con la prevista attuazione del modello processuale accusatorio (cfr., in particolare, la direttiva n. 96 legge-delega c.p.p. 1987) – l'operatività delle norme previste per la fase della cognizione, in tema di legittimo impedimento del difensore. E, infatti, la dottrina più attenta⁹, appoggiata da una parte della

⁸ In questo senso, Cass., sez. un., 27 giugno 2006, Passamani, cit., p. 3976, in cui si fa rilevare come i procedimenti d'esecuzione e di sorveglianza « non hanno subito nessuna trasformazione, tale da giustificare un'assimilazione con la nuova configurazione dell'udienza preliminare ».

⁹ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 310 ss.; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, p. 131 ss., ad avviso del quale l'art. 486 comma 5 c.p.p. (oggi, art. 420-ter) « ha una sua precisa ragion d'essere, che non muta a seconda che la si riferisca al processo di cognizione o al procedimento di sorveglianza [...] »; L. FILIPPI, *Legittimo impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 468; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano,

giurisprudenza¹⁰, seppure minoritaria, ritiene che in materia debbano trovare applicazione, per identità di *ratio*, le disposizioni del codice sul rinvio per impedimento del difensore, *ex art. 420-ter* comma 5 c.p.p. Ne discende, pertanto, che l'assenza del difensore deve impegnare il giudice in un'attenta valutazione dell'addotto impedimento

2002, p. 202, secondo il quale, « una volta riconosciuta l'inderogabilità della presenza del difensore ed il diritto alla partecipazione del difensore di fiducia, se ne deve dedurre poi che ogni suo impedimento a comparire non può risultare indifferente e che pertanto dovranno essere valutate le ragioni dell'assenza del difensore, realizzandosi diversamente conseguenze negative sotto il profilo dell'effettività del diritto di difesa »; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 425-426; ID., *sub art. 666 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2878-2879; V. PINI, *L'impedimento del difensore di fiducia nei procedimenti di esecuzione*, in *Giur. it.*, 1994, p. 34; E. RANDAZZO, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze camerale e preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2219 ss.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009, p. 295, il quale evidenzia le analogie tra l'udienza preliminare e l'udienza di sorveglianza e alla luce di esse dubita della legittimità costituzionale dell'art. 666 comma 4 c.p.p.

¹⁰ Anche se prima della riforma, nel senso che l'art. 486 comma 5 c.p.p. (abrogato) – la cui disciplina è ora riprodotta nell'art. 420-ter – trovasse applicazione analogica nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza, nei quali la partecipazione del difensore all'udienza è richiesta come necessaria, v. Cass., sez. I, 28 febbraio 1997, Sinigaglia, in *A. n. proc. pen.*, 1997, p. 660; Cass., sez. II, 23 gennaio 1997, Bussolino, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 467.

a comparire, affinché, ove tale condizione gli sia stata prontamente comunicata, disponga il rinvio dell'udienza¹¹.

È ipotesi rara, al contrario, l'assenza all'udienza del p.m., nel qual caso, però, essa determina una nullità a regime intermedio *ex art. 178 lett. b e 180 c.p.p.*, suscettibile di essere sanata, se non eccepita da chi vi abbia interesse, nel termine previsto dall'art. 182 comma 2 c.p.p.¹².

2. Segue: l'intervento dell'interessato: profili di ineffettività del contraddittorio camerale. – La norma in esame non sembra garantire, dunque, un'effettiva dialettica *ex partibus*. Oltre a limitare irragionevolmente le possibilità di una piena estrinsecazione della difesa tecnica di fiducia, nei casi di addotto legittimo impedimento del difensore, la disciplina della partecipazione all'udienza sembra svalutare del tutto il contributo personale e diretto dello stesso interessato: « [colui] che ne fa richiesta è sentito personalmente; tuttavia, se è detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, è sentito

¹¹ Cfr. Cass., sez. I, 28 febbraio 1997, Sinigaglia, cit.; Cass., sez. II, 23 gennaio 1997, Bussolino, cit.

¹² Cfr. Cass., sez. I, 17 febbraio 1997, Salja, in *Cass. pen.*, 1998, p. 862; Cass., sez. I, 15 novembre 1995, Iuvara, *ivi*, 1997, p. 107, per la quale l'eventuale partecipazione all'udienza di un ufficiale di polizia giudiziaria determina (non rientrando tale funzione tra quelle delegabili *ex art. 72 ord. giud.*) un'ipotesi di nullità a regime intermedio, sanabile, qualora non sia eccepita prima della decisione. In dottrina, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 312, i quali evidenziano come manchi per il giudice la possibilità di porre rimedio all'assenza del p.m. in udienza: « tale assenza (che potrebbe ovviamente nuocere all'interessato) pare sanzionabile esclusivamente sul piano disciplinare ».

prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione » (art. 666 comma 4 c.p.p.)¹³. Il diritto a partecipare personalmente all'udienza – come è facile intuire dalla lettura della norma – è garantito appieno solo nel caso in cui l'interessato sia a piede libero ovvero sia detenuto o internato nella circoscrizione del giudice procedente: il primo, infatti, può sempre intervenire all'udienza e chiedere di essere sentito personalmente dal giudice; il secondo, deve essere messo in condizione di presenziarvi, qualora abbia fatto richiesta di essere sentito.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'interessato sia detenuto in luogo situato al di fuori della predetta circoscrizione, la sua presenza effettiva in aula è rimessa alla valutazione discrezionale, ai limiti dell'arbitrio, del giudice procedente¹⁴; se quest'ultimo non ritiene, infatti, di dover

¹³ Tale disciplina è stata unanimemente criticata dalla dottrina. Cfr., in merito, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 225 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 110; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 335 ss.; F. DELLA CASA, *Magistratura di sorveglianza*, cit., p. 124 ss.; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, p. 142 ss.; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 562; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 204 ss.; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 426 ss.; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2879-2880.

¹⁴ Si badi che nel procedimento in camera di consiglio delineato dall'art. 127 c.p.p., per l'interessato che sia detenuto od internato in luogo posto al di fuori della circoscrizione del giudice,

disporre la traduzione – ipotesi costante nella prassi – per l’interessato rimane la sola possibilità di essere udito prima del giorno dell’udienza da parte del magistrato di sorveglianza del luogo, venendosi a trovare in una situazione di svantaggio rispetto a colui il quale si trovi in una delle altre due condizioni sopraccitate¹⁵.

Nel prevedere tale ultima ipotesi, il legislatore delegato del 1988 ha accolto l’orientamento tradizionale della Corte costituzionale, che, intervenuta, più volte, in relazione alla specifica ipotesi del detenuto all’esterno della circoscrizione del giudice precedente, aveva salvato l’art. 630 c.p.p. 1930: è opportuno ricordare, infatti, che la disposizione di cui all’art. 666 comma 4 c.p.p. è pressoché identica, *in parte qua*, a quella contenuta nell’art. 630

è previsto il solo diritto di essere sentito dal magistrato di sorveglianza del luogo prima del giorno fissato per l’udienza (comma 3).

¹⁵ La compressione del diritto del detenuto di partecipare all’udienza è stata, tuttavia, giustificata nella Relazione prog. prel. c.p.p. 1988, laddove si legge: « nell’adozione della suddetta disciplina sono state decisive le esigenze organizzative e di sicurezza che sarebbero rimaste gravemente compromesse ove si fosse optato per un indiscriminato diritto dei detenuti alla traduzione » (in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale, Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1424). Cfr., tuttavia, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., p. 110, il quale fa notare come la presenza dell’interessato in udienza sia una variabile dipendente da un eterogeneo ordine di fattori (quali la previa richiesta di partecipazione, il ricovero del detenuto in un istituto compreso nella circoscrizione del giudice competente, nonché in caso contrario, l’ordine di traduzione che il magistrato precedente può adottare qualora lo ritenga necessario) che violano le condizioni di parità tra le parti.

comma 2 c.p.p. 1930¹⁶. Nonostante se ne denunciasse l'illegittimità per lesione del principio di eguaglianza, sotto il profilo della disparità di trattamento tra l'interessato detenuto e quello "a piede libero"; nonché del diritto di difesa, non avendo il detenuto all'esterno della circoscrizione del giudice la possibilità di essere udito dal suo giudice "naturale", la norma del codice previgente aveva superato agevolmente il vaglio della Consulta. I giudici costituzionali, infatti, erano giunti ad escludere che la diversità di trattamento fra interessati detenuti in ragione del diverso luogo di detenzione costituisse una violazione del diritto di difesa, in quanto l'interessato "esterno" avrebbe potuto comunque esporre le proprie ragioni davanti al giudice del luogo di detenzione, come anche presentare memorie scritte e farsi rappresentare da un difensore¹⁷. Inoltre, avevano negato la lesione del principio di eguaglianza, sotto il profilo della parità di trattamento

¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. 22 gennaio 1970 n. 5, in *Giur. cost.*, p. 1970, p. 48 ss., con nota di V. GREVI.

¹⁷ Cfr., ancora, Corte cost., sent. 22 gennaio 1970 n. 5, cit., p. 54-55; nonché Corte cost., ord. 29 dicembre 1972 n. 208, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2264-2265, la quale, intervenendo su una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 comma 2 c.p.p. – nella parte in cui disponeva che « i privati [...] detenuti in luogo diverso da quello in cui risiede[va] il giudice, [erano] previamente uditi a loro domanda dal giudice di sorveglianza o dal pretore del luogo all'uopo delegato » – con riferimento agli art. 3 comma 1, 24 comma 2, e 25 comma 1 Cost., aveva ribadito che gli argomenti adottati nella precedente decisione della Consulta, n. 5 del 1970, a sostegno della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 comma 2 c.p.p. 1930, restavano validi anche con riferimento alla prospettata violazione dell'art. 25 comma 1 Cost., che non veniva ad assumere autonomo rilievo rispetto alle questioni di legittimità già esaminate in precedenza dai giudici costituzionali.

tra detenuti e non detenuti, considerando prevalenti « le difficoltà pratiche che un trasporto in stato di detenzione presenta, di fronte alla irrilevanza che il beneficio di essere ascoltato di persona dal giudice competente a decidere rappresenta per il detenuto, garantito nella sua difesa, dagli altri mezzi a lui offerti dalla legge »¹⁸. Si è ritenuto, quindi, sulla base delle medesime considerazioni, che la disciplina dell'audizione avanti al magistrato di sorveglianza, a proposito dell'interessato detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice competente, garantisca ugualmente il contraddittorio.

Nel 1990, nella vigenza del nuovo codice di rito, la questione fu nuovamente oggetto di un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale¹⁹. Anche questa volta, il giudizio di legittimità costituzionale della normativa fu promosso in relazione agli art. 3 comma 1 e 24 comma 2 Cost.: come l'art. 630 comma 2 c.p.p. 1930, il disposto di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p., poneva – e pone ancora oggi – il detenuto esterno in una posizione deteriore

¹⁸ *Ad litteram*, Corte cost., sent. 22 gennaio 1970 n. 5, cit., p. 58-59; v., altresì, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. IV, 10 marzo 2003, Asole, in CED, n. 10771, secondo cui « in tema di contraddittorio nel procedimento di esecuzione [...], qualora il condannato, detenuto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice che procede, chieda di essere sentito personalmente, previa traduzione all'udienza camerale, il giudice deve disporre tale traduzione o la audizione davanti al magistrato di sorveglianza del luogo, in quanto, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio è sufficiente che vi sia una richiesta ad essere ascoltati, attenendo le ulteriori indicazioni a modalità di attuazione del diritto di audizione che sono riservate alla decisione del giudice. Ne consegue che l'omessa audizione dell'interessato, che ne abbia fatto comunque richiesta, è causa di nullità ».

¹⁹ Si tratta di Corte cost., ord. 14 giugno 1990 n. 290, in *A. n. proc. pen.*, 1990, p. 369.

rispetto a quella garantita agli interessati non detenuti o detenuti all'interno della circoscrizione del giudice dell'esecuzione. I giudici costituzionali dovettero, tuttavia, dichiarare l'inammissibilità della questione, causa il difetto, nel giudice *a quo* (magistrato di sorveglianza delegato), del potere decisorio del procedimento, quale presupposto fondante la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale²⁰.

Ad ogni modo, la norma in esame appare oggi viziata da illegittimità costituzionale, non solo sotto i profili degli art. 3 comma 1 – in ragione della disparità di trattamento tra condannati detenuti e non e tra condannati detenuti in ragione del mero *locus custodiae*, rimesso, peraltro, alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria – e 24 comma 2 Cost. – per contrasto con il canone della inviolabilità della difesa, stante la prevalenza accordata dalla legge alle esigenze organizzative e di sicurezza sulle fondamentali esigenze di difesa –, bensì anche alla luce dell'art. 111 comma 2 Cost.²¹. Nel procedimento in esame, infatti, vengono discusse e decise, oltre che questioni relative al titolo – e come tali, spesso risolvibili anche sulla base di soli elementi cartolari – pure questioni di fatto che, al contrario delle prime, necessitano, per poter essere risolte, anche della partecipazione personale dell'interessato, in ragione degli apporti probatori che ne

²⁰ Cfr. Corte cost., ord. 14 giugno 1990 n. 290, cit.; nello stesso senso, Corte cost., ord. 12 aprile 1990 n. 207, in *A. n. proc. pen.*, 1990, p. 370. Sul punto, in dottrina, v. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 427; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2879.

²¹ Cfr., P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, Milano, 2002, p. 578-579; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 427; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2879.

possono derivare²². Quest'ultimo, a tale scopo, deve poter avere, dunque, la possibilità d'interloquire, « in condizioni di parità » con l'organo dell'accusa, onde fornire i chiarimenti che ritenga opportuni e rispondere ad eventuali contestazioni mosse nei suoi confronti²³. E, in effetti, non può negarsi che la presenza in aula offra molte più garanzie di quante ne possa dare l'audizione – da parte di un giudice che non è quello naturale – prima del giorno dell'udienza, posto che, tra l'altro, né il giudice delegato né lo stesso interessato conoscono ancora quelli che saranno i risvolti della trattazione (pur trattandosi, a volte, di questioni tecniche in cui l'autodifesa non si estrinseca neanche). Quest'ultimo soggetto, in pratica, si trova a

²² Ciò è tanto più vero con riferimento al rito di sorveglianza, finalizzato, com'è, alla verifica degli esiti del trattamento rieducativo, mediante indagine personologica. La disciplina vigente dimostra di non aver tenuto in attenta considerazione le necessità particolari di tale procedimento, facendo, addirittura, un passo indietro rispetto alla legge penitenziaria, il cui art. 71-*bis* comma 1 prevedeva che « l'interessato [potesse] partecipare personalmente alla discussione e presentare memorie », senza che il luogo di detenzione influenzasse, in alcun modo, l'esercizio del diritto di difesa materiale.

²³ Cfr., anche se con riguardo alla sede dibattimentale, Corte cost., sent. 15 luglio 1994 n. 301, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2588, ad avviso della quale « la protezione costituzionale del diritto inviolabile di difesa nel processo penale implica che la legge debba assicurare all'imputato la possibilità di partecipare al dibattimento, per poter esperire anche in questa fase del processo le attività difensive che ritenga utili ai fini del giudizio sulla fondatezza delle accuse che gli sono rivolte ». In dottrina, v. L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 417, per i quali « il principio del contraddittorio, introdotto dall'art. 111 comma 2 Cost., sembra imporre in ogni caso la traduzione in udienza del detenuto che ne abbia fatto richiesta ».

rendere delle “dichiarazioni spontanee” – pur in presenza del difensore, che a tale scopo deve essere tempestivamente avvisato dal giudice delegato (v. art. 127 comma 3 c.p.p. e 101 comma 2 norme att. c.p.p.), ma in mancanza di precise garanzie – le quali, in taluni casi, potrebbero persino risultare, all’esito del procedimento, decisive in senso a lui sfavorevole. In considerazione di ciò, l’audizione avanti al magistrato di sorveglianza, prevista dall’art. 666 comma 4 c.p.p., dovrebbe rimanere confinata all’eventuale richiesta dell’interessato che abbia scelto liberamente di non intervenire personalmente in udienza²⁴.

Il compito di promuovere nella prassi un’applicazione veramente conforme dell’art. 666 comma 4 c.p.p. ai canoni costituzionali, « intendendo la traduzione in udienza come diritto per il detenuto e adempimento sempre necessario per il giudice »²⁵, è toccato, fin da subito, alla giurisprudenza di legittimità. E, invero, già sulla scorta della sentenza costituzionale n. 45 del 1991, pronunciata in materia di riesame *ex art.* 309 c.p.p. – in cui i giudici della Consulta si espressero nel senso di non escludere la comparizione personale dell’imputato che ne avesse fatto richiesta, in ossequio ai principi generali d’immediatezza e di oralità, assumendo rilevanza allo scopo la motivazione addotta, l’oggetto della procedura (a seconda che si fosse trattato di esaminare questioni meramente tecniche o di fatto), oppure la circostanza che il

²⁴ In merito, v. le considerazioni svolte da M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 302 ss.

²⁵ Testualmente, A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 170.

giudice lo avesse ritenuto *ex officio* opportuno²⁶ – la Corte di cassazione era giunta a riconoscere che « la citazione dell'imputato, dell'indagato o del condannato realizza un'unica fattispecie complessa, costituita dall'avviso, dalla dichiarazione di volontà dell'interessato detenuto di comparire e dalla sua successiva traduzione, atti tutti da guardarsi, per il rapporto di stretta consequenzialità che li caratterizza, in una visione unitaria in funzione dello scopo loro proprio, la *vocatio in iudicium* per la valida instaurazione del contraddittorio », ritenendo, conseguentemente, che la mancata traduzione in udienza dell'indagato o imputato detenuto, che ne avesse fatto previamente richiesta, integrasse una nullità assoluta *ex art. 179 c.p.p.*²⁷.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. 31 gennaio 1991 n. 45, in *Giur. cost.*, 1991, p. 304, con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 309 comma 8 e 127 comma 3 c.p.p. (in riferimento all'art. 24 comma 2 Cost.), nella parte in cui prevedevano che l'imputato detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice del riesame dovesse essere sentito, qualora ne avesse fatto previa richiesta, dal magistrato di sorveglianza del luogo, anziché dal tribunale del riesame; nello stesso senso, Corte cost., sent. 25 giugno 1996 n. 216, *ivi*, 1996, p. 1895.

²⁷ Cass., sez. un., 22 novembre 1995, Carlutti, in CED, n. 203771; cfr., anche più di recente, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2008, Di Benedetto, *ivi*, n. 239084; Cass., sez. II, 4 dicembre 2006, Di Girolamo, *ivi*, n. 235621. In più, si può ricordare come, secondo un ormai costante orientamento giurisprudenziale in materia di giudizio d'appello in camera di consiglio, l'imputato detenuto fuori dalla circoscrizione ha diritto, in base all'art. 599 comma 2 c.p.p., di partecipare personalmente all'udienza (v. Cass., sez. un., 24 giugno 2010, F., in CED, n. 247835; Cass., sez. V, 6 giugno 2002, Rosmini, in *Cass. pen.*, 2004, p. 890, con nota di C. GRILLI). Si consideri, peraltro, che la giurisprudenza della Corte europea dei

Sulla base di tali considerazioni, stante le analogie tra l'oggetto della procedura camerale *de libertate* e quello del procedimento d'esecuzione²⁸ – atteso che in entrambi i casi si discute di questioni coinvolgenti la libertà personale – sembra possibile una lettura costituzionalmente orientata anche dell'art. 666 comma 4 c.p.p., che lasci all'interessato la scelta circa la propria presenza in udienza, quantomeno nei casi di procedimento d'esecuzione in cui vengono in rilievo questioni fattuali, per le quali sorgano esigenze probatorie²⁹.

diritti dell'uomo esclude che possa dirsi configurato in capo all'imputato un diritto indiscriminato a presenziare alle udienze in tutti i gradi del processo. In merito, cfr., *ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, grande camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, consultabile sul sito <http://www.echr.coe.int/ECHR/>, nonché, per gli opportuni approfondimenti, R. CASIRAGHI, *Assenza dell'imputato detenuto al giudizio abbreviato d'appello ed equità processuale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2213 ss.

²⁸ Di diverso avviso, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 428, il quale fa rilevare come l'estensione al procedimento d'esecuzione del diritto dell'interessato ad essere presente in udienza se ne fa richiesta, come sancito dalla giurisprudenza costituzionale in materia cautelare personale e recepito dalla giurisprudenza di legittimità, « potrebbe essere ostacolata [...] dalla considerazione della diversa natura del *thema decidendum*. E di fronte alle possibili difficoltà nel recepire anche in sede esecutiva l'interpretazione costituzionalmente orientata sarebbe auspicabile un intervento correttivo da parte del legislatore che attuasse un diverso bilanciamento degli interessi in gioco ».

²⁹ Cfr. Cass., sez. V., 25 settembre 2009, *Basile*, in CED, n. 245143; con riferimento al vecchio codice di rito, Corte cost., sent. 20 maggio 1982 n. 98, in *Giur. cost.*, 1982, p. 990 ss., la quale ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. 1930, per contrasto con l'art. 24 comma 2 Cost., nella parte in cui non prevedeva il rinvio della trattazione dell'incidente di esecuzione

Nella prospettiva di favorire l'intervento in aula dell'interessato, in attesa di un intervento legislativo riformatore, merita attenzione la previsione di cui all'art. 45-*bis* norme att. c.p.p.³⁰, la quale, nei casi previsti dall'art. 146-*bis* commi 1 e 1-*bis* norme att. c.p.p. dispone che la partecipazione del soggetto detenuto (imputato ovvero condannato) in camera di consiglio avvenga a distanza. La possibilità della partecipazione in forma mediatica all'udienza camerale nel procedimento d'esecuzione (come

ove l'imputato o il condannato, che avesse fatto domanda di essere sentito personalmente, non fosse comparso per legittimo impedimento. I giudici costituzionali sottolinearono, in quell'occasione, l'« inderogabile necessità della presenza dell'imputato o del condannato nella procedura incidentale, onde assicurare la pienezza del contraddittorio, la quale sola può consentire l'esercizio del diritto di difesa previsto dalla Carta fondamentale, anche nella forma dell'autodifesa, che non può esplicarsi se non con il rapporto diretto con il giudice dell'esecuzione, al quale l'interessato deve avere la possibilità di rappresentare direttamente le proprie ragioni ». In merito, in dottrina, cfr. T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 1998, p. 1055-1056; A. GAITO, *Poteri di integrare il merito* "post rem iudicatam", in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1318; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 98.

³⁰ Norma inserita dall'art. 1 l. 7 gennaio 1998 n. 11. L'art. 6 di tale legge prevedeva un'applicazione temporanea della disposizione, fino al 31 dicembre 2000, che, tuttavia, è stata prorogata fino al 31 dicembre 2002, per effetto dell'art. 12 d.l. 24 novembre 2000 n. 341 (che ha modificato l'art. 6 l. n. 11 del 1998) convertito con modifiche nella l. 19 gennaio 2001 n. 4. A seguito, però, dell'abrogazione dell'art. 6 l. n. 11 del 1998 ad opera dell'art. 3 l. 23 dicembre 2002 n. 279, l'art. 45-*bis* norme att. c.p.p. è ormai entrato stabilmente a far parte dell'ordinamento processuale.

anche nel rito di sorveglianza) è garantita dall'espresso riferimento contenuto nella norma in esame allo *status* di condannato.

Ai fini della sua applicazione, l'istituto della partecipazione a distanza richiede che l'udienza camerale abbia ad oggetto un procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. *a* n. 4 c.p.p. nonché la sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico (art. 146-*bis* comma 1 lett *a* norme att. c.p.p.), ovvero che si tratti di un procedimento di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria al fine di evitare ritardi nel suo svolgimento (art. 146-*bis* comma 1 lett *b* norme att. c.p.p.). Al di fuori di queste ipotesi, essa è disposta quando si procede nei confronti di soggetto sottoposto al regime del "carcere duro" di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ss. ord. penit. (art. 146-*bis* comma 1-*bis* norme att. c.p.p.)³¹.

Attraverso la disciplina *de qua*, il legislatore tecnico ha ritenuto, quindi, di poter garantire l'effettività del diritto di difesa e, allo stesso tempo, di contemperare tale diritto con le esigenze di organizzazione e di sicurezza degli istituti penitenziari³². Sulla legittimità di tale meccanismo

³¹ Cfr. art. 41-*bis* comma 2-*septies* ord. penit., che pletoricamente ribadisce, ai fini della partecipazione dell'interessato all'udienza, l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 146-*bis* norme att. c.p.p.

³² Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 1999 n. 342, in *Giust. pen.*, 1999, I, c. 353. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di esprimersi in merito alla legittimità dell'istituto della partecipazione a distanza, riconoscendo come tale modalità partecipativa non ponga la difesa in posizione deteriore rispetto alle altre parti del processo, ben potendo essa esercitare i diritti e le facoltà riconosciute dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo: C. eur. dir. uomo, 21 novembre 2007, Ascutto c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p.

si è espressa, in senso favorevole, anche alla luce della normativa sovranazionale, la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 342 del 1999, che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 1 ss. della legge 7 gennaio 1998 n. 11, ha ritenuto che le garanzie che la legge appresta alla partecipazione dell'imputato al procedimento siano tali da « rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall'art. 24, comma 2 della Carta fondamentale, non potendosi certo in tale prospettiva evocare il superamento della tradizione – per di più nella specie dovuto alle innovazioni introdotte dalla evoluzione tecnologica – quale elemento in sé idoneo a perturbare equilibri e dinamiche processuali che, al contrario, rimangono nella sostanza inalterati »³³.

1645; C. eur. dir. uomo, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia, *ivi*, 2007, p. 310 (consultabili anche sul sito <http://www.echr.coe.int/ECHR/>). In dottrina, v. S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, Milano, 2001, p. 77; sotto altro aspetto, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, p. 573, il quale solleva dubbi circa il rispetto della presunzione d'innocenza, posto che l'istituto sembra basarsi, piuttosto, su una presunzione di pericolosità: « la priorità data dalla legge alle istanze di difesa sociale si spiega proprio perché si considerano pericolosi gli imputati di reati di natura mafiosa. La partecipazione a distanza trova, se mai, la sua legittimità nel principio del bilanciamento degli interessi, in base al quale un diritto costituzionalmente protetto può essere limitato per tutelare un diritto di pari grado »; in tema, altresì M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 169 ss.; C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 79 ss.

³³ Testualmente, Corte cost., sent. 22 luglio 1999 n. 342, cit.

Non v'è dubbio che, rispetto alla mera audizione da parte del magistrato delegato, un tale meccanismo sia capace di garantire meglio il diritto dell'interessato detenuto fuori della circoscrizione del giudice procedente a partecipare attivamente, seppure a distanza, al procedimento. Ma tale partecipazione, stando al tenore del dettato normativo, può essere disposta, sussistendo gli altri presupposti, solo nei casi in cui si proceda per uno dei delitti di cui ai predetti art. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. *a* n. 4 c.p.p.³⁴. Oltretutto, occorre prendere atto della lettura restrittiva dell'art. 45-*bis* norme att. c.p.p. data dalla Corte di cassazione, che restringe ulteriormente la portata dell'istituto. I giudici di legittimità hanno ritenuto, infatti, che detta norma « non attribuisce[a] all'interessato detenuto fuori della circoscrizione del giudice competente, pur in presenza delle condizioni richieste dalla legge, il diritto di partecipare sempre e in ogni caso, mediante il sistema della videoconferenza, alle udienze di qualsiasi procedimento che si debba svolgere in camera di consiglio, giacché essa va interpretata alla luce di quanto dispongono l'art. 127, comma 3, [c.p.p.] e, in termini analoghi, l'art. 666, comma 4, stesso codice, i quali prevedono la facoltà di chi è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne abbia fatto richiesta, di essere sentito, prima del giorno fissato per l'udienza, dal competente magistrato di sorveglianza »³⁵. Ne consegue, allora, che la partecipazione dell'interessato all'udienza camerale tramite videoconferenza, in mancanza di un intervento legislativo che, al contrario, ne estenda il raggio applicativo, resta pur sempre confinata nei ristretti ambiti

³⁴ Cfr. Cass., sez. I, 14 novembre 2001, Schiavone, in CED, n. 220338; Cass., sez. VI, 8 febbraio 2000, Sbeglia, *ivi*, n. 216409.

³⁵ Così, Cass., sez. I, 14 novembre 2001, Schiavone, *cit.*

di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p., ossia al caso in cui tale soggetto si trovi detenuto in un istituto sito all'interno della circoscrizione del giudice procedente, fermo restando che il giudice, se lo ritiene opportuno, può disporre d'ufficio la traduzione e, quindi, l'audizione diretta, a prescindere dal luogo di detenzione³⁶.

Occorre dire, poi, del legittimo impedimento dell'interessato a partecipare all'udienza. Diversamente da quanto avviene nel processo di cognizione, in tanto tale condizione può assumere rilievo nel procedimento d'esecuzione, in quanto il soggetto *de quo* abbia chiesto di essere sentito personalmente³⁷: nel qual caso, la sua richiesta di partecipazione dovrà tempestivamente essere presentata al giudice perché possa provvedere in ordine alla stessa; qualora, invece, non risulti alcuna richiesta in tal senso, si darà luogo all'udienza, a prescindere dall'esistenza di un legittimo impedimento, non essendo prescritta come necessaria, infatti, nel rito *de quo*, la presenza dell'interessato³⁸. In giurisprudenza, si è

³⁶ In dottrina, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 428, per il quale la disciplina di cui all'art. 45-bis norme att. c.p.p. andrebbe modificata nel senso di renderla « di applicazione generale, al di là, quindi, dei casi indicati nell'art. 146-bis commi 1 e 1-bis norme att. c.p.p. ». Secondo l'A., in questo modo, « si raggiungerebbe il duplice obiettivo di garantire sempre all'interessato il diritto di partecipare all'udienza, sia pure a distanza, e di tutelare, al tempo stesso, le ineludibili esigenze organizzative e di sicurezza »; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2880.

³⁷ Cfr. Cass., sez. I, 26 giugno 2001, *Ferrara*, in CED, n. 25891.

³⁸ La giurisprudenza ha precisato che il fatto che l'interessato, il quale abbia presentato regolare e tempestiva richiesta di essere sentito, giunga in aula in ritardo, per una causa a lui non addebitabile, non può costituire valido motivo perché il giudice – nel caso di specie, trattavasi del tribunale di sorveglianza

precisato, tuttavia, che la richiesta di partecipazione di tale soggetto « può essere tratta anche per *facta concludentia* da cui possa desumersi la sua inequivoca manifestazione di volontà di comparire all'udienza camerale »³⁹. In ogni caso, l'impedimento a comparire, per acquistare rilevanza e giustificare, di conseguenza, il rinvio dell'udienza, ai sensi dell'art. 127 comma 4 c.p.p., dovrà, però, essere assoluto ed attuale⁴⁰.

Mette conto evidenziare, infine, la mancata inclusione degli « altri che vi abbiano interesse » – cui faceva espresso riferimento l'art. 630 comma 1 c.p.p. 1930 – nel novero dei legittimati a partecipare all'udienza camerale, ai sensi dell'art. 666 comma 4 c.p.p. Il silenzio sul punto della disposizione in vigore rappresenta sicuramente un passo indietro sia rispetto alla disciplina previgente in materia di procedimento d'esecuzione, sia alla luce del riferimento fatto nel vigente art. 127 c.p.p. alle « altre persone interessate »: una tale lacuna « espropria del contraddittorio, costituzionalmente rilevante,

– ometta di sentirlo (v. Cass., sez. I, 25 marzo 1995, *Piras*, in CED, n. 1128).

³⁹ Così, Cass., sez. VI, 11 ottobre 2004, Viti, in *Giust. pen.*, 2005, III, c. 722, in relazione al procedimento in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 599 comma 2 c.p.p., in cui la Corte ha ritenuto sufficiente la produzione, da parte del difensore, di una certificazione medica attestante l'impedimento a comparire dell'imputato con espressa istanza di rinvio; più di recente, Cass., sez. VI, 18 dicembre 2006, Ramelli, in CED, n. 235340.

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I, 9 giugno 2009, De Martino, in CED, n. 244037; Cass., sez. I, 19 novembre 2008, Guglielmi, *ivi*, n. 242068; Cass., sez. I, 3 aprile 1996, Fusco, *ivi*, n. 2142.

una vasta categoria di soggetti potenzialmente interessati all'oggetto del procedimento incidentale di specie »⁴¹.

3. Lo svolgimento dell'udienza – Alla verifica della regolare costituzione delle parti, segue, sulla scia della disciplina dibattimentale – mancando, infatti, anche in riferimento a questa “sottofase”, una normativa espressa che ne regoli le cadenze – la risoluzione delle eventuali questioni preliminari⁴². Esaurita la fase introduttiva, in base all'art. 45 norme att. c.p.p., ove l'organo giudicante sia collegiale, il giudice designato dal presidente procede allo svolgimento della relazione illustrativa del *thema decidendum*⁴³. Quindi, si ha il dispiegarsi vero e proprio dell'udienza. Anzitutto, l'ascolto dell'interessato che abbia fatto richiesta, accolta dal giudice, di essere sentito,

⁴¹ *Ad litteram*, A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 7-8 e 190, ove gli A. ribadiscono come una tale limitazione sia « in posizione dissonante, tra l'altro, rispetto alla scelta di fondo del nuovo codice, che ha previsto l'intervento nel processo penale degli enti e delle associazioni rappresentative degli interessati lesi (art. 93 c.p.p.) ».

⁴² ... ad esempio, il p.m. o il difensore potrebbero eccepire l'eventuale incompetenza per territorio o ricusare il giudice.

⁴³ Cfr. Cass., sez. VI, 30 luglio 1992, Agostino, in CED, n. 192228, per la quale l'omesso svolgimento della relazione orale da parte del giudice designato non comporta alcuna nullità: infatti, « [l]'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge e nessuna norma prevede la nullità per il caso dell'omissione della relazione prevista dall'art. 45 [norme] [a]tt. [c.p.p.]; né tale omissione può essere inquadrata nell'ambito delle nullità di ordine generale. Il solo fatto che il processo verbale dell'udienza in camera di consiglio nulla attesti circa lo svolgimento della relazione orale da parte di uno dei componenti del collegio non costituisce prova del mancato svolgimento della relazione ».

finalizzato a consentire allo stesso di esporre le proprie ragioni. Si procede, dunque, all'eventuale assunzione di materiale probatorio, esaurita la quale si dà sfogo alla discussione orale finale, culminante nella formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero e del difensore.

In applicazione del generale principio di cui all'art. 523 comma 5 c.p.p., il legale e l'interessato hanno, a loro volta, diritto, se lo vogliono, a prendere la parola per ultimi⁴⁴.

4. Segue: l'udienza a “porte chiuse” al vaglio di compatibilità con i principi dell'equo processo – Il codice di rito del 1988⁴⁵, pur affermando, in via generale, il principio della pubblicità dell'udienza dibattimentale (art. 471 comma 1 c.p.p.), non ha rinunciato – a temperamento dei valori in gioco – alla previsione, oltre che di limiti soggettivi alla partecipazione *ab extra* al dibattimento (commi 2, 3 e 4 stessa norma), anche di una serie di casi in cui si procede a porte chiuse (art. 472 c.p.p.). Peraltro, con riferimento specifico alla disciplina dei procedimenti che si svolgono in camera di consiglio, in

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. I, 26 febbraio 1990, Olivieri, in CED, n. 183766, per la quale « nella procedura che segue alla proposizione di un incidente di esecuzione, l'audizione del condannato deve precedere non solo la decisione, ma anche la discussione dell'incidente, in quanto è finalizzata a consentire all'interessato l'esposizione delle proprie ragioni, su cui va incentrata la discussione nell'eventuale contraddittorio delle parti ».

⁴⁵ Si badi che la legge-delega c.p.p. 1987 disponeva che « il codice di procedura penale [dovesse] attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale » (art. 2 dir. n. 2).

nessun caso ha previsto, in deroga, la presenza in udienza di estranei in rappresentanza del popolo⁴⁶. Ne consegue che anche il rito d'esecuzione, quale rito camerale, deve svolgersi – in conformità con la norma generale di riferimento, in materia di procedure camerali, di cui all'art. 127 comma 6 c.p.p. – in assenza del pubblico, senza eccezioni⁴⁷. Tuttavia, la rigidità di tale regola fa oggi

⁴⁶ ... e neanche forme di pubblicità mediata. In merito, cfr. Corte cost., sent. 27 luglio 1992 n. 373, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2981, con riferimento all'ipotesi derogatoria di cui all'art. 441 comma 3 c.p.p.; sullo specifico argomento, in dottrina, v. F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXV.2, Milano, 2005, p. 125 ss.

⁴⁷ A tal proposito, viene subito in rilievo la distinzione tra la pubblicità della sentenza e quella dell'*iter* procedurale. Quest'ultima è distinta, a sua volta, in "pubblicità interna", che fa riferimento alla conoscenza dello svolgimento del processo attraverso la partecipazione diretta allo stesso, e "pubblicità esterna", che garantisce la conoscibilità di quanto si compie in udienza a qualsiasi soggetto, anche estraneo al processo. Ai fini del nostro discorso, è soprattutto quest'ultima che interessa e che si distingue ulteriormente in "pubblicità immediata" e "pubblicità mediata", alludendosi, con la prima definizione, di significato più pregnante, alla presenza fisica, in aula, del soggetto estraneo al processo e, con la seconda, all'informazione circa lo svolgimento dell'udienza tramite i *mass-media*. Sul tema della pubblicità processuale, cfr., *ex multis*, F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 3 ss.; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p. 277 ss.; M. CIAPPI, *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 453-454; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 927 ss.; G. Di CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 515 s.; G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, p. 7 ss.; D. MANZIONE, sub *art. 471 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario,

dubitare fortemente della compatibilità degli art. 127 comma 6 e 666 comma 4 c.p.p. con i canoni dell'equo processo, in particolare alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di pubblicità del rito di prevenzione⁴⁸ e della sentenza costituzionale n. 93 del 2010⁴⁹, che, finalmente, ha rilevato il contrasto della disciplina applicativa delle misure di prevenzione con la normativa convenzionale, proprio nella parte in cui non consente che il relativo procedimento – che, è utile precisare fin da ora, si svolge con le stesse

Torino, 1991, p. 59 ss.; O. MAZZA, *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1039 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 129 ss.; ID., *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, p. 39 ss.; ID., *Dibattimento (principio del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1989, p. 455 ss.; V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (prolegomeni storico-comparativi)*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1973, p. 1423 ss.; G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984.

⁴⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia. La giurisprudenza convenzionale in materia può ritenersi già consolidata: v., *ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 2 febbraio 2010, Leone c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia (le sentenze testé citate e quelle richiamate nel prosieguo del paragrafo sono consultabili sul sito <http://www.echr.coe.int/ECHR/>).

⁴⁹ Trattasi di Corte Cost., sent. 8 marzo 2010 n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1065 ss., con nota di A. GAITO - S. FURFARO. Sul tema, in dottrina, v. anche P. CORVI, *Il problema della pubblicità del procedimento di prevenzione e nei riti camerati alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 969 ss.

forme del procedimento di cui all'art. 666 c.p.p.⁵⁰ – possa tenersi, nei gradi di merito, in pubblica udienza, su richiesta dell'interessato⁵¹.

La disamina non può che prendere le mosse dall'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Nelle sue numerose pronunce, essa ha costantemente condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, a causa della mancanza, nella normativa interna in materia di prevenzione, proprio di una disposizione che consenta al soggetto proposto di chiedere la celebrazione della sua causa *coram populo*. In particolare, a partire dalla sentenza Bocellari e Rizza c. Italia – con cui i giudici di Strasburgo hanno accolto il primo ricorso contro lo Stato italiano, per mezzo del quale gli istanti lamentavano la non equità del giudizio di prevenzione a cui erano stati sottoposti avanti ai giudici nazionali, per mancanza, appunto, della relativa pubblicità –, la Corte europea ha sancito il principio per cui i soggetti coinvolti in quella particolare procedura, per la posta in gioco e le conseguenze di non poco conto che essa può produrre sulla loro situazione personale, « si ved[ano] almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica

⁵⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. V, 7 febbraio 2002, Cattafi RP, in CED, n. 221319: « [n]el procedimento di prevenzione il richiamo del comma sesto dell'art. 4 della legge 27.12.1956 n. 1423, che rinvia, per la individuazione delle norme applicabili, agli artt. 636 e 637 del codice di rito abrogato, deve intendersi riferito alle corrispondenti disposizioni del nuovo [c.p.p.] e dunque all'art. 678 (procedimento di sorveglianza), che a sua volta richiama l'art. 666 (procedimento di esecuzione) ».

⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. 8 marzo 2010 n. 93, cit.

udienza davanti alle sezioni specializzate dei [t]ribunali e delle [c]orti d'appello »⁵².

Del resto, l'art. 6 Conv. eur. dir. uomo sancisce, *expressis verbis*, il diritto, in capo ad ogni persona sottoposta a un processo, di ottenere che la propria causa

⁵² Così, C. eur. dir. uomo, sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2655, con nota di A. MACCHIA - P. GAETA; cfr., inoltre, G. DI CHIARA, « Against the administration of justice in secret »: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo - R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 293 ss.; N. PLASTINA, *Il rito camerale nelle procedure per le misure di prevenzione nell'ordinamento italiano: la Corte europea ne assolve l'equità, ma ne censura (parzialmente) la mancanza di pubblicità*, *ivi*, 2008, p. 1633; E. SELVAGGI, *Osservazioni alla sentenza Bocellari*, *ivi*, 2008, p. 1629 ss.

In occasione del relativo ricorso, il Governo italiano, nelle proprie memorie difensive, aveva osservato, dal suo punto di vista, come il diritto alla pubblicità non potesse essere considerato assoluto, atteso che nello stesso art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo sono previste eccezioni alla regola, in considerazione di interessi superiori, che in questo caso potevano essere ravvisati nella protezione della vita privata di minori o di terze persone indirettamente interessate. Oltretutto – secondo il Governo nazionale – la natura dei controlli in quella sede, concernente i movimenti di capitale del proposto, aveva, anche perché basato su sola documentazione, un grado di tecnicismo tale da non consentire l'esercizio di un più vasto controllo da parte del pubblico e, in ogni caso, l'eventuale richiesta di svolgimento a porte aperte del rito *de quo* sarebbe stata, con molta probabilità, respinta dal tribunale precedente, non essendo la materia oggetto del contendere rimessa ad una valutazione discrezionale di quest'ultimo, bensì regolamentata espressamente dalla legge.

sia esaminata pubblicamente⁵³. I giudici di Strasburgo hanno più volte avuto modo di ribadire che, sebbene, in assoluto, non assicurino al singolo la certezza di ottenere una decisione più equa, la pubblicità processuale, oltre a rappresentare « garanzia di correttezza nell'acquisizione della prova »⁵⁴, scongiura il rischio che i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità postulati negli organi giudicanti⁵⁵ – per la mancanza di un controllo sull'*iter* procedurale che porta alla decisione giudiziaria e sul contenuto di quest'ultima – si traducano in simulacri di garanzia. Inoltre, essa – benché sia più direttamente considerata dalla suddetta norma convenzionale nella prospettiva della difesa effettiva del singolo accusato⁵⁶ – assume una sua autonoma rilevanza anche sotto il profilo oggettivo della corretta amministrazione della giustizia. La pubblicità rappresenta, infatti, anche lo strumento mediante il quale l'opinione pubblica (che include la vittima del reato) realizza la costante verifica

⁵³ La clausola generale della pubblicità processuale è presente, altresì, in altri atti internazionali, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 10), il Patto internazionale di New York, relativo ai diritti civili e politici (art. 14 comma 1), la Dichiarazione del Parlamento europeo della Comunità europea sui diritti e le libertà fondamentali (art. 19 comma 2) e la recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47 comma 2).

⁵⁴ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 14 novembre 2000, Riepan c. Austria, § 27.

⁵⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, § 121; C. eur. dir. uomo, sez. III, 9 maggio 2000, Sander c. Regno Unito, § 22.

⁵⁶ Senza dimenticare, tuttavia, che trattasi di garanzia rinunciabile da parte dell'interessato, purché tale rinuncia non sia equivoca e non contrasti con un interesse pubblico rilevante: C. eur. dir. uomo 21 febbraio 1990, Håkansson e Sturesson c. Svezia, § 66.

dell'oggettiva correttezza dell'esercizio del potere giudiziario⁵⁷ – in ragione della trasparenza che essa gli conferisce – garantendo, così, ai cittadini, riparo da una giustizia segreta, che, in quanto tale, sfuggirebbe al controllo della collettività⁵⁸. Nell'ottica della tutela convenzionale, la pubblicità processuale costituisce, dunque, un efficace mezzo per preservare la fiducia della comunità nei confronti dell'apparato giurisdizionale – presupposto fondamentale per la convivenza in una società democratica – e per realizzare compiutamente il *procès équitable*.

A definire, completandola, la fisionomia del diritto alla pubblicità processuale, esplicitato nell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, concorre un'espressa clausola derogatoria, la cui *ratio* è rinvenibile, evidentemente, nella considerazione che la trattazione della causa alla presenza del pubblico, ovvero mediante una forma di pubblicità alternativa a questa – attraverso mezzi di comunicazione di massa – possa tradursi, in determinati casi, nel sacrificio non necessario di interessi essenziali, che possono essere, di volta in volta, individuali, come la riservatezza delle persone ivi coinvolte (minori, parti in causa), collettivi (morale, ordine pubblico, sicurezza nazionale), ma anche riconducibili, più genericamente, ad interessi di giustizia⁵⁹.

⁵⁷ Siffatta garanzia interviene, quindi, sul modo in cui la decisione finale viene assunta e non sul contenuto di questa, la cui correttezza logico-giuridica è garantita dalla motivazione.

⁵⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, 8 dicembre 1983, Karl-Heinz Axen c. Germania, § 25; in termini analoghi, *mutatis mutandis*, C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 14 novembre 2000, Riepan c. Austria, cit.; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 8 febbraio 2000, Stefanelli c. San Marino, § 19.

⁵⁹ Così, la Corte europea, nell'interpretare la norma convenzionale, ha costantemente ribadito, ad esempio, come il

La norma, infatti, al fine di garantire l'equilibrio degli interessi in gioco e la salvaguardia delle ragioni peculiari del singolo processo, riconosce in capo all'autorità giudiziaria procedente – ma già in sede legislativa, i singoli Stati godono di un certo margine di discrezionalità nella definizione della materia – il potere di limitare in concreto il suddetto principio: l'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, infatti, si regge opportunamente su di un rapporto “regola-eccezioni”, prevedendo che « l'ingresso nella sala d'udienza [possa] essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo negli interessi della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori, o la tutela della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia »⁶⁰.

diritto alla pubblicità non sia assoluto e insensibile alla natura delle questioni esaminate nel processo di cui si tratta, riconoscendo, addirittura, che la mancanza di una pubblica udienza nei gradi d'impugnazione non contrasta con i requisiti di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, quando tali procedimenti vertano esclusivamente su questioni di diritto: v., *ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 21 luglio 2009, Seliwiak c. Polonia.

⁶⁰ Si noti che la norma menziona la « stampa » come destinataria delle limitazioni, distinta dal « pubblico » indifferenziato, precisazione che lascia intendere che i singoli legislatori nazionali siano autorizzati a prevedere una regolamentazione diversa per l'una e per l'altro, allo scopo di garantire comunque, qualora non sia consentita la presenza del pubblico in udienza – per ragioni che possono attenerne alla sicurezza e alla sanità, così come alla insufficiente capienza delle aule – un'adeguata informazione sullo svolgimento del processo e sulla sua correttezza formale e sostanziale.

All'indomani della condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, la Corte di cassazione ha ritenuto, tuttavia, di sposare un orientamento restrittivo, negando la possibilità di celebrare il giudizio di legittimità in materia di misure di prevenzione – che si svolge con la forma non partecipata di cui all'art. 611 c.p.p. e limitatamente ai soli vizi di legge – alla presenza del pubblico: secondo il giudice nazionale, infatti, la circostanza che il principio della pubblicità sia stato affermato nella suddetta sentenza europea con specifico riferimento ai gradi di merito del procedimento di prevenzione, porta a escludere una sua estensione analogica all'udienza di trattazione del ricorso per cassazione, laddove vengono in rilievo questioni di solo diritto⁶¹.

⁶¹ cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2009, Falsone, in CED, n. 243552; Cass., sez. I, 13 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1761-1762, con nota di S. FURFARO (nel caso di specie, il ricorso per cassazione era stato proposto contro la decisione della corte d'appello che confermava l'applicazione di una misura di prevenzione disposta del giudice di prime cure); Cass., sez. I, 26 febbraio 2008, Cucurachi, in CED, n. 240137 (caso di ricorso per cassazione avverso un'ordinanza con la quale il tribunale di sorveglianza aveva respinto il reclamo contro un decreto ministeriale di proroga del regime di detenzione differenziato *ex art. 41-bis ord. penit.*), in cui la Corte di cassazione ha ulteriormente chiarito come un'eventuale questione di legittimità costituzionale risulterebbe manifestamente infondata, posto che « la struttura e le cadenze del procedimento di prevenzione non appaiono contrastanti con i precetti sanciti dall'art. 24, comma 2, e art. 111 Cost., sull'equo processo, assicurando, comunque, la partecipazione personale all'udienza e la difesa tecnica del proposto ». In merito, v., per tutti, G. DI CHIARA, « Against the administration of justice in secret »: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, cit., p. 300 ss. Di recente, la Corte costituzionale, con la sent. n. 80 del

Nell'attesa, tuttora, di un intervento del legislatore volto a rivedere la normativa nazionale in materia di procedimento camerale⁶², è intervenuta, nel frattempo, la Corte costituzionale, la quale – investita con ordinanza del 18 dicembre 2008 del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere⁶³, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 (“Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”) e dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965 n. 575 (“Disposizioni contro la mafia”) per contrasto con gli art. 117 comma 1 e 111 comma 1 Cost.⁶⁴ – ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa sottoposta al suo vaglio, riconoscendo che il procedimento di prevenzione deve potersi svolgere, nei gradi di merito,

2011 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter l. n. 575 del 1965, sollevata, in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione, in materia di misure di prevenzione, sia trattato in udienza pubblica. Sul punto, v., *infra*, cap. 5, § 2.

⁶² In tema, cfr. G. DI CHIARA, « Against the administration of justice in secret »: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, cit., p. 305 ss.

⁶³ Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 18 dicembre 2008 n. 176, in *Gazz. Uff.* n. 25, *prima serie speciale*, 16 giugno 2010, p. 42.

⁶⁴ Il giudice rimettente, sotto il primo profilo di violazione, aveva rilevato come le norme si ponessero in contrasto con il principio di pubblicità sancito dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, non prevedendo esse che il procedimento di prevenzione potesse celebrarsi anche pubblicamente; sotto il secondo, come l'impossibilità per gli interessati di richiedere la trattazione in udienza pubblica, in considerazione della gravità delle misure adottabili dal giudice all'esito della procedura predetta, frustrasse la piena attuazione dell'« equo processo ».

anche in pubblica udienza, quando vi sia una richiesta in tal senso proveniente dall'interessato.

Prima di procedere all'esame della sentenza, sotto i profili rilevanti ai nostri fini, occorre preliminarmente chiarire il ruolo della pubblicità delle udienze nel quadro costituzionale. E, invero, sebbene il principio pubblicitario non sia espressamente previsto dalla Costituzione, tuttavia, mai è stato in discussione che la Carta fondamentale – sancendo che « la giustizia è amministrata in nome del popolo » (art. 101 comma 1)⁶⁵ – lo abbia riconosciuto *per implicitum*, in quanto « mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità »⁶⁶ o di arbitrarietà della decisione assunta dal giudice⁶⁷, nell'interesse della collettività e della stessa persona sottoposta al processo e, quindi, « coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve

⁶⁵ Sul fondamento costituzionale del principio della pubblicità processuale, cfr. G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, cit., p. 193 ss.; F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, cit., p. 3 ss.

⁶⁶ Così, Corte cost., sent. 14 aprile 1965 n. 25, *Giur. cost.*, 1965, p. 247, con nota di V. CRISAFULLI.

⁶⁷ E proprio in questa prospettiva, merita precisare, per inciso, che la pubblicità è intimamente legata, quale suo naturale corollario, all'espresso obbligo, dichiarato – questo sì – nel testo costituzionale, di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111 comma 6 Cost.): il potere riconosciuto al *quisque de populo* di esercitare il controllo sul ragionamento giustificativo attraverso il quale il giudice perviene al provvedimento decisorio, postula, infatti, la possibilità, per lo stesso, di controllare, in maniera concreta, il procedimento che conduce alla sua emissione. In merito, cfr. G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, cit., p. 521-522; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 42.

conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento »⁶⁸.

Cionondimeno, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare, in più occasioni, che « l'esigenza della pubblicità del dibattimento, pur nel suo innegabile rilievo costituzionale [...], non può tuttavia essere intesa così rigidamente da farne scaturire [...] un diritto inviolabile dell'uomo »⁶⁹, atteso che essa è recepita nella Carta fondamentale, piuttosto, come garanzia oggettiva del processo, a presidio del corretto esercizio della giurisdizione. Cosicché, deve ritenersi – secondo la costante giurisprudenza costituzionale – che le deroghe al principio della pubblicità, laddove siano previste dal legislatore ordinario, per singole categorie di procedimenti, « si sottraggono alle censure [...], quando siano operate in funzione di altri valori ugualmente garantiti dalla Costituzione »⁷⁰, attinenti tutti « al retto funzionamento della giustizia »⁷¹, secondo lo schema del bilanciamento degli interessi⁷².

Tornando, quindi, alla sentenza costituzionale n. 93 del 2010, il Giudice delle leggi, dopo aver escluso, preliminarmente, che la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea, contrastasse col dettato costituzionale, ha dapprima verificato la possibilità di un'interpretazione adeguatrice della disciplina censurata,

⁶⁸ Testualmente, Corte cost., sent. 2 febbraio 1971 n. 12, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 103-104, con nota di G. ZAGREBELSKY.

⁶⁹ Così, Corte cost., sent. 10 febbraio 1981 n. 17, in *Giur. cost.*, 1981, p. 87 ss.; cfr. anche Corte cost., sent. 24 maggio 1991 n. 230, *ivi*, 1991, p. 1977 ss.; Corte cost., sent. 6 giugno 1991 n. 251, *ivi*, 1991, p. 2056 ss.

⁷⁰ Corte cost., sent. 10 febbraio 1981 n. 17, cit.

⁷¹ Corte cost., sent. 14 aprile 1965 n. 25, cit.

⁷² Corte cost., sent. 10 febbraio 1981 n. 17, cit.

mediante il ricorso – prospettato dal p.m. nel procedimento *a quo*, ma anche fatto proprio, in un primo momento, dalla giurisprudenza della stessa Corte di cassazione⁷³ – all’applicazione analogica dell’art. 441 comma 3 c.p.p., ritenendola, però, impedita, in questo caso, dalla presenza della norma generale di cui all’art. 127 comma 6 c.p.p.: per dirla con le parole dei giudici costituzionali, « difettano le condizioni legittimanti tale operazione ermeneutica, sia perché il ricorso all’analogia presuppone il riconoscimento di un vuoto normativo, qui non ravvisabile in presenza di una specifica disposizione contraria [...]; sia a fronte delle marcate differenze strutturali e funzionali dei procedimenti in questione (giudizio abbreviato e procedimento di prevenzione) »⁷⁴.

⁷³ Cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2009, Falsone, cit., per la quale nulla vieterebbe che il giudice, seguendo un’interpretazione costituzionalmente orientata, applicasse analogicamente la disposizione di cui all’art. 441 comma 3 c.p.p., in virtù della quale il rito abbreviato, ove tutti gli imputati ne facciano richiesta, ha luogo in pubblica udienza; in questo senso, in dottrina, v. A. GAITO, *De profundis annunciato per il rito camerale?*, in *Oss. proc. pen.*, 2007, p. 38; S. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell’udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1766.

⁷⁴ Senza dimenticare che tale disposizione è norma eccezionale – derogando alla regola della camera di consiglio – e pertanto la sua applicazione per analogia sarebbe di per sé vietata dall’art. 14 disp. prel. Inoltre, il riconoscimento in capo all’interessato di un vero e proprio diritto potestativo a ottenere una pubblica udienza, sulla falsa riga di quanto previsto dall’art. 441 comma 3 c.p.p., sarebbe comunque andato oltre la portata del riconoscimento operato dalla stessa Corte europea, che, nel garantire la possibilità, per il soggetto proposto, di chiedere una pubblica udienza, ha al contempo lasciato al giudice il potere di negarla quando lo richiedano le particolari circostanze della causa.

Conseguentemente, preso atto dell'insuperabile contrasto tra normativa interna e disposizione convenzionale⁷⁵, la Corte costituzionale non poteva fare

Peraltro, in dottrina, è stato fatto notare come « il singolare veto per la celebrazione in pubblica udienza di cui gode, nel processo cumulativo, il singolo imputato non sembr[i] in linea con le direttrici costituzionali di *favor* per il regime della pubblicità [...] » (letteralmente, G. DI CHIARA, « Against the administration of justice in secret »: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, cit., p. 304).

⁷⁵ La disposizione convenzionale, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo integra, infatti, quale « norma interposta », il parametro costituzionale espresso dall'art. 117 comma 1 Cost. Sui rapporti tra Convenzione europea e ordinamento interno, alla luce della giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, v. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 955 ss.; B. PIATTOLI, *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive costituzionali*, *ivi*, 2008, p. 262; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2008, p. 291 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, *ivi*, 2008, p. 581; S. FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 983 ss.; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro solo parzialmente definito*, in *Riv. dir. intern.*, 2008, p. 136; R. CONTI, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, *Corr. giur.*, 2008, p. 205; A. GIARDA, *Il sistema delle «fonti» della procedura penale*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. GREVI, Padova, 2010, p. XXXVII; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, *ivi*, 2008, p. 201; P. TONINI, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il*

altro che dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost.⁷⁶, nella parte in cui non consentono che, su richiesta degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione – il cui esito è senz'altro « idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati » – si svolga, avanti ai giudici di merito, nelle forme dell'udienza pubblica. In conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudici costituzionali hanno fatto salvo « il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 [c.p.p.], è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse »⁷⁷.

Ciò posto, non si rinvengono ostacoli di sorta ad estendere, in via analogica, la portata del principio – così come calibrata dalla giurisprudenza europea e accolta dalla Corte costituzionale – al procedimento d'esecuzione.

Atteso, infatti, che le forme del rito di prevenzione sono, in definitiva, quelle disciplinate dall'art. 666 c.p.p.⁷⁸,

quadro d'insieme, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 417; G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e trattato di Lisbona*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2011, p. 227 ss.; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 2007, p. 46.

⁷⁶ ... mentre sono state ritenute assorbite le censure sotto il profilo dell'art. 111 comma 1 Cost.

⁷⁷ Per questa citazione e per la precedente, Corte Cost., sent. 8 marzo 2010 n. 93, cit.

⁷⁸ In dottrina, a favore dell'estensione del principio *de quo*, come cristallizzato nella giurisprudenza europea, anche se con

si deve constatare, altresì, come nell'ambito del procedimento disciplinato da tale ultima disposizione – in cui si affrontano sia questioni di diritto che di merito – il giudice dell'esecuzione assuma decisioni che, rispetto ai provvedimenti giudiziari in punto di misure di prevenzione, sono suscettibili d'incidere ancor più pesantemente sui beni costituzionalmente protetti, in particolare, sulla libertà personale.

Semmai, il limite della decisione in esame risiede nella circostanza che i giudici costituzionali non abbiano ritenuto di estendere la portata del giudizio d'incostituzionalità *ex art. 27 l. cost. n. 87 del 1953*, alla norma camerale generale di cui all'art. 127 comma 6 c.p.p. – nella parte in cui non prevede che l'udienza possa svolgersi, su richiesta dell'interessato, con la presenza del pubblico –, posto che la permanenza nell'ordinamento processuale-penale nazionale di tale rigida regola potrebbe comportare ulteriori nuovi contrasti tra la Convenzione europea e la normativa interna e, quindi, anche possibili nuove dichiarazioni d'illegittimità costituzionale di

specifico riferimento al procedimento di sorveglianza, si esprimono L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 407 ss.; S. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, cit., p. 1766; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, p. 240 ss.; cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 317-318, secondo il quale, però, il principio in questione sarebbe doverosamente imposto ai soli procedimenti che hanno per oggetto modifiche peggiorative della condizione dell'interessato (ossia, nei casi di revoca della misura alternativa, di aggravamento della misura di sicurezza o, ancora, di conversione della pena pecuniaria).

quest'ultima⁷⁹ – si pensi, ad esempio, allo stesso art. 666 comma 3 c.p.p., agli art. 309 comma 8, 310 comma 2 e 311 comma 5 c.p.p., in tema di riesame, appello e ricorso per cassazione *de libertate*, nonché all'art. 611 c.p.p., che regola lo svolgimento del giudizio di legittimità in sede camerale⁸⁰ –.

⁷⁹ Sulla questione, cfr. A. GAITO - S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, cit., p. 1065 ss.; inoltre, P. CORVI, *Il problema della pubblicità del procedimento di prevenzione e nei riti camerale alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, cit., p. 998 ss., secondo la quale, peraltro, « non solo l'udienza pubblica, ma anche quella camerale, purché “partecipata” [sarebbe] in grado di tutelare i cittadini da una giustizia segreta e di assicurare la trasparenza dell'amministrazione della giustizia, preservando la fiducia negli organi giudiziari: l'attuazione della pubblicità in via mediata, attraverso l'attività dei mezzi di comunicazione, il riconoscimento della facoltà di libero accesso agli atti da parte di chiunque vi abbia interesse, la garanzia del contraddittorio tra le parti, assicurata in particolare attraverso l'intervento e la fattiva partecipazione all'udienza del soggetto sottoposto a procedimento, consentono di perseguire quegli obiettivi che il principio di pubblicità si prefigge » (p. 1005-1006). Sulla portata applicativa della forma camerale nel sistema processuale-penale, per tutti, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, cit., *passim*; M. GARAVELLI, *La camera di consiglio come sede di procedimenti*, in *Riti camerale e speciali*, a cura di M. Chiavario - E. Marzaduri, Torino, 2006, p. 3 ss.

⁸⁰ V., *infra*, cap. 5, § 2.

CAPITOLO 4

IL PROCEDIMENTO PROBATORIO

SOMMARIO: 1. La prova nella giurisdizione esecutiva. – 2. Il ruolo delle parti e del giudice innanzi alla prova *in executivis*. – 3. I mezzi di prova ammissibili. – 4. Le modalità di assunzione della prova tra tutela del contraddittorio ed esigenze di semplificazione. – 5. Il verbale d'udienza.

1. La prova nella giurisdizione esecutiva. – Sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, la scarsa considerazione per il fenomeno probatorio *in executivis* si spiegava facilmente con la natura amministrativa allora riconosciuta all'esecuzione penale. Le attività di esecuzione, infatti, erano affidate al pubblico ministero, al di fuori del processo. In tale contesto, l'intervento del giudice era soltanto eventuale e strettamente dipendente dalla necessità di risolvere questioni incidentali, concernenti l'esistenza o la validità del titolo esecutivo, per le quali quasi mai si rendeva necessaria alcuna attività di tipo probatorio in udienza. Le uniche ipotesi d'incidente di esecuzione in cui poteva risultare utile, ai fini della decisione, una qualche attività di questo tipo, riguardavano sostanzialmente la verifica dell'identità fisica del soggetto condannato (art. 583 c.p.p. 1930) e la valutazione dell'esistenza delle condizioni per il differimento dell'esecuzione della pena (art. 589 c.p.p. 1930).

Coerentemente con la limitata rilevanza che la prova assumeva ai fini della risoluzione degli incidenti, il codice di rito del 1930 dedicava alla regolamentazione della

materia due sole proposizioni normative, che, a loro volta, erano perfettamente in linea con lo spirito inquisitorio che pervadeva la disciplina del processo penale allora vigente: esse confermavano in capo al giudice il ruolo di signore della prova. Questi, in base all'art. 630 comma 4 c.p.p., « prima di deliberare sull'incidente di esecuzione, [poteva] chiedere alle Autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui [avesse] bisogno »; il comma successivo, poi, specificava che, qualora risultasse necessario, il medesimo giudice poteva acquisire ulteriori prove, nel rispetto delle « disposizioni concernenti l'istruzione formale ». Dal tenore di tali norme, risulta evidente che il quadro di sostegno probatorio di cui il giudice si serviva ai fini della definizione dell'incidente, era, in massima parte, di tipo cartolare.

È solo con l'avvento della legge n. 354 del 1975, che si perviene, per la prima volta, a un ampliamento dell'ambito di rilevanza della prova nella giurisdizione esecutiva, seppure, inizialmente, in un settore di competenze diverso da quello in cui operava il giudice degli incidenti. Il legislatore della riforma penitenziaria – come si è già avuto modo di dire¹ – era giunto, infatti, alla predisposizione di una particolare normativa (di carattere sostanziale e processuale), attraverso cui perseguire l'obiettivo del costante controllo e della modifica dell'esecuzione penale, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto quello della durata, in ossequio ai contenuti dell'art. 27 comma 3 Cost. A tal fine, introduceva il procedimento di sorveglianza, incentrato, nella prospettiva di un giudizio prognostico volto a consentire la valutazione delle condizioni per l'applicabilità delle c.d. misure alternative

¹ V., *supra*, cap. 1, § 4.

alla detenzione – nonché, a seguito delle riforme intervenute sul testo originario della legge penitenziaria, di tutta una serie di ulteriori misure –, oltre che sulla verifica di meri presupposti di diritto, anche sulla valutazione di elementi di fatto (quali, ad esempio, i risultati dell’osservazione della personalità e le relazioni del servizio sociale); il che presupponeva, necessariamente, l’espletamento di una vera e propria attività probatoria a supporto della decisione conclusiva del procedimento². Si trattava, però, anche in questo caso, di un processo caratterizzato in prevalenza dall’utilizzo, ai fini decisori, di prove preformate³.

Da ultimo, con l’introduzione del nuovo codice di procedura penale del 1988, la materia della prova *in executivis* è stata fatta oggetto di una disciplina unitaria, rappresentata dal combinato disposto di cui agli art. 666 comma 5 c.p.p. – in base al quale « il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio » – e 185 norme att. c.p.p., il quale, a sua volta, prevede che « il giudice, nell’assumere le prove a norma dell’art. 666 comma 5 c.p.p., procede senza particolari formalità anche per quanto

² A tal proposito, l’art. 71-*bis* comma 3 ord. penit. disponeva che « i provvedimenti della sezione e del magistrato di sorveglianza [fossero] emessi sulla base della acquisizione in udienza dei documenti relativi all’osservazione e al trattamento, nonché, quando occorre[sse], svolgendo i necessari accertamenti ed avvalendosi della consulenza dei tecnici del trattamento » (art. introdotto con l. 12 gennaio 1977 n. 1).

³ ... in particolare, il giudice traeva il suo convincimento circa la concedibilità delle suddette misure dalla relazione dell’*équipe* trattamentale.

concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia ». A tali disposizioni si aggiunge l'art. 678 comma 2 c.p.p. – a sua volta, specificamente dettato, però, con riferimento al procedimento di sorveglianza – in base al quale, « quando si procede nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, il giudice acquisisce la relativa documentazione e si avvale, se occorre, della consulenza dei tecnici del trattamento »⁴. Queste, dunque, le fonti, ancora piuttosto scarse e generiche, che oggi disciplinano, in via generale, la materia della prova nella fase esecutiva.

2. Il ruolo delle parti e del giudice innanzi alla prova *in executivis*. – Nel corso dell'udienza camerale è possibile, dunque, dare luogo ad una vera e propria istruzione probatoria. In proposito, la normativa di riferimento sembra riconoscere al giudice un generico potere di procedere autonomamente, rispetto alle parti, alla raccolta delle prove⁵. Le disposizioni contenute negli art. 666 comma 5 c.p.p. e 185 norme att. c.p.p., tuttavia, non ostano – come si avrà modo di chiarire nel presente capitolo – all'applicabilità in sede esecutiva, pur con alcuni adattamenti, dei principi generali in materia probatoria, sanciti nel Libro terzo del codice di rito. Non può essere considerata decisiva, nel senso opposto, la constatazione della mancanza di una qualsiasi previsione

⁴. Cfr. testo art. 71-*bis* comma 3 ord. penit.

⁵ Cfr. F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, p. 203, ad avviso dei quali, l'iniziativa del giudice « è strutturata, in via regolare, come classica iniziativa *ex officio* »; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 487.

che, all'interno del Libro decimo, richiami espressamente la disciplina delle prove racchiusa nel suddetto Libro terzo c.p.p., come neanche la pur riconosciuta "specialità" della giurisdizione esecutiva, che incontra un preciso limite nel rispetto dei diritti delle parti. Senza trascurare, inoltre, che il riconoscimento di un'iniziativa officiosa da parte del giudice dell'esecuzione, in via principale, nella materia probatoria, si porrebbe in netta contraddizione con il generale principio *ne procedat iudex ex officio*, vigente anche nella sede *de qua* (cfr. art. 666 comma 1 c.p.p., con riferimento all'avvio del procedimento).

Ad ogni modo, la giurisprudenza maggioritaria di legittimità, interpretando il dato normativo testuale di cui all'art. 666 comma 5 c.p.p. nel senso dell'operatività a tutto campo di un'iniziativa probatoria officiosa⁶, ha costantemente dedotto sia l'assenza di un *onus probandi* a carico del soggetto che abbia avviato il procedimento, ritenendo in capo all'autorità giudiziaria l'obbligo di procedere ai relativi accertamenti⁷; sia il divieto, per il

⁶ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 15 gennaio 1992, Centello, in CED, n. 189229, secondo cui l'art. 666 comma 5 c.p.p. « im[po]n[er]ebbe l'obbligo di provvedere d'ufficio alla acquisizione di documenti e informazioni o, ove occorra, all'assunzione di prove ».

⁷ Il dibattito è acceso soprattutto in tema di riconoscimento della continuazione *in executivis*: un primo, prevalente orientamento, infatti, ritiene gravante sull'interessato soltanto un onere di allegazione, considerato soddisfatto « anche con la semplice indicazione o produzione delle sentenze relative ai reati di cui si richiede l'unificazione, senza che egli debba adempiere l'ulteriore onere di specificare le ragioni da cui è desumibile l'esistenza di un medesimo disegno criminoso » (così, da ultimo, Cass., sez. I, 30 marzo 2010, Piraccini, in CED, n. 246840; Cass., sez. II, 13 maggio 2003, Settimo, *ivi*, n. 227172; Cass., sez. I, 11

giudice procedente, di pervenire ad un rigetto della domanda inoltrata, sul presupposto dell'insufficienza o dell'assenza di prove indicate dalle parti⁸.

Parte della dottrina, aderendo all'impostazione prevalente in giurisprudenza – che assegna, dunque, al giudice *de quo* il ruolo di protagonista primario in punto di prova – riconosce come tale veste abbia comportato un vero e proprio capovolgimento in sede esecutiva del rapporto regola-eccezione di cui all'art. 190 c.p.p. – in base al quale l'ammissione delle prove avviene a richiesta

ottobre 1996, Iapicca, *ivi*, n. 206034); secondo altro e più rigoroso orientamento, invece, « l'identità del disegno criminoso ai sensi dell'art. 81 [c.p.] non può essere presunta e l'imputato ha un onere di allegazione di sentenze, di prove e di argomentazioni tali da dimostrare l'unicità del disegno criminoso in cui devono essere ricomprese le diverse azioni od omissioni fin dal primo momento [...] » (Cass., sez. I, 18 novembre 1994, Montagna, in CED, n. 200212; conf. Cass., sez. V, 6 maggio 2010, Faneli, *ivi*, n. 247356; Cass., sez. I, 26 aprile 1993, Minguzzi, *ivi*, n. 194753; Cass., sez. I, 5 luglio 1991, La Rosa, *ivi*, n. 188384. In dottrina, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 320; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 111; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 173.

⁸ Cfr. Cass., sez. I, 14 marzo 1997, Bianchetto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2133; In dottrina, ancora F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 320; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 436; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 427; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 566.

di parte (comma 1); la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio ⁹, connotando in senso marcatamente inquisitorio il procedimento d'esecuzione¹⁰. Con la conseguenza che, rispetto all'iniziativa probatoria *ex officio* e, dunque, in via generale, non si prospetterebbe, evidentemente, un problema di ammissione della prova alla stregua del principio di pertinenza-rilevanza delineato dall'art. 187 c.p.p., ma piuttosto rilevarebbe un criterio di

⁹ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 434; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P.M. Corso, Bologna, 2011, p. 292; ID., *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1994, p. 331, secondo cui « la scarsa normativa dettata in materia di istruzione probatoria interna alla camera di consiglio evidenzia, infatti, un ruolo centrale del giudice che procede in sede tanto di ammissione quanto di assunzione della prova, assegnando alle parti un ruolo residuale di netto secondo piano. Il giudice ha, in realtà, poteri discrezionali amplissimi, non essendo in tal senso vincolato dal principio della domanda: si è ritenuto opportuno svincolarlo da ogni iniziativa di parte, pur non obliterando [...] ogni contributo di esse »; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 426; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 566; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 429; ID., sub art. 666 c.p.p., in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2880; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009, p. 326; G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 423.

¹⁰ Cfr. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, Milano, 2002, p. 575; F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 486.

necessità-opportunità – desumibile anche dalle locuzioni « [...] di cui abbia bisogno » e « [...] se occorre»¹¹ – peraltro, « del tutto vago e perciò estremamente difficile da contestare attraverso il ricorso per cassazione »¹².

Una siffatta interpretazione del disposto normativo, però, non sembra affatto coerente con l'impianto accusatorio del sistema, così come delineato nella legge-delega c.p.p. 1987, ancor di più alla luce dei canoni del giusto processo. Ora, è evidente che la diversificazione delle ipotesi oggetto della competenza del giudice dell'esecuzione impedisce di pervenire ad un accoglimento indiscriminato delle regole in materia probatoria dettate dal Libro III c.p.p. Da una parte, vi sono ipotesi nelle quali non è richiesto al giudice dell'esecuzione di ricostruire alcun fatto storico, mancando, altresì, un contrasto reale tra le parti (ad esempio, la richiesta del pubblico ministero di applicazione dell'amnistia o dell'indulto). Nondimeno, dall'altra, lo stesso giudice può essere chiamato a pronunciarsi in casi (si pensi alla competenza in tema di continuazione e concorso formale di reati, *ex art. 671*

¹¹ Cfr., in merito, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 436; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429, per il quale, « per quanto concerne i criteri di ammissione della prova, deve essere valutata preliminarmente la necessità stessa dell'istruzione probatoria, anche quando sia stata sollecitata dalla parte che ha promosso il procedimento, sulla falsariga di quanto avviene, ad esempio, in sede di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello »; ID., *sub art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2880.

¹² M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 338; sul punto, inoltre, cfr. G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 292-293; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 177.

c.p.p.¹³; oppure al caso di dubbio sull'identità fisica della persona detenuta, di cui all'art. 667 c.p.p.) in cui è necessario ricostruire un determinato fatto storico, non diversamente da quanto avviene in sede di cognizione. In vicende processuali di questo genere, si può ritenere che nulla osti all'operatività di regole simili, se non addirittura identiche, a quelle previste per il processo di merito¹⁴.

Sorge, pertanto, la necessità d'integrare e coordinare le norme in punto di prova *in executivis* con le omologhe regole applicabili nella sede di cognizione, in cui, però, è postulata, pur sempre, una vicenda processuale incentrata su una schermaglia dialettica tra accusa e difesa, spinte, nella ricerca della "verità"¹⁵, da interessi contrapposti: al giudice, in un questo contesto, è attribuito il compito di

¹³ In casi del genere, può accadere, infatti, che il mero esame delle sentenze non sia sufficiente ai fini del giudizio sulla sussistenza del vincolo della continuazione di cui all'art. 81 c.p. In merito, cfr. G. VARRASO, *Il reato continuato, tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 379-380.

¹⁴ ... si pensi all'applicazione, in sede esecutiva, della disciplina del concorso formale e del reato continuato *ex art.* 671 c.p.p. In tale ipotesi, il giudice dell'esecuzione è chiamato a formulare un giudizio del tutto analogo a quello che compirebbe il giudice della cognizione. Sarebbe difficile comprendere il perché di regole differenziate in presenza del medesimo oggetto. Sul punto, v. F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 487, secondo cui « diversificare modello procedimentale tra imputato e [condannato] collide fortemente con il principio di uguaglianza [...] »; D. POTETTI, *La prova nel procedimento esecutivo di cui all'art. 671 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1686; G. VARRASO, *Il reato continuato, tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 380.

¹⁵ Sul concetto di verità nel processo penale, per tutti, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 43 ss.

decidere sulla base delle prove ricercate dalle parti, rimanendo in una situazione di imparzialità e di neutralità metodologica¹⁶. Peraltro, non si può non tenere conto delle specificità della giurisdizione esecutiva al fine di garantire la semplificazione e la funzionalità necessarie allo scopo degli accertamenti rimessi ai suoi giudici. Il che non implica, però, un ribaltamento dei principi generali in materia probatoria.

E, infatti, non sembra potersi desumere, *tout court*, dal testo di cui agli art. 666 comma 5 c.p.p. e 185 norme att. c.p.p. l'impossibilità di trasferire concretamente, sul piano dell'esecuzione, le regole probatorie dettate per la cognizione. A ben vedere, le disposizioni appena richiamate nulla dicono in tema di criteri di ammissione della prova. Da una lettura sistematica del dato normativo si ricava, invece, che l'iniziativa probatoria riconosciuta al giudice dall'art. 666 comma 5 prima parte c.p.p., è riservata all'acquisizione di sole prove documentali e, pertanto, « è da intendersi in una prospettiva di semplificazione e celerità, non nel senso di costituire un segnale visibile di un assetto probatorio del tutto differente »¹⁷. Mentre, la regola fissata nella seconda parte della stessa disposizione, benché si riferisca al momento assuntivo – laddove specifica che « se occorre assumere prove », il giudice procede in udienza, « nel rispetto del contraddittorio » – sembra presupporre, in realtà, un rinvio

¹⁶ In argomento, v. G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, 2011, p. 3 ss.; ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 118 ss.

¹⁷ Cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 178; *contra*, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429; ID., *sub art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2880.

implicito alle regole e ai principi generali, in quanto applicabili, sanciti dal codice del 1988 in materia probatoria¹⁸ (cfr. art. 2 legge-delega n. 81 del 1987, dir. n. 96, 98 e 104), stante la stretta correlazione esistente tra il diritto alla prova e il concreto ed effettivo esercizio del diritto al contraddittorio.

Cosicché, il potere officioso riconosciuto *per tabulas*, in relazione ai documenti e alle informazioni¹⁹ – in linea con le già richiamate esigenze di economia processuale – non si pone in contrasto con l'art. 190 c.p.p.; anzi, esso rappresenta l'eccezione che conferma la regola (v. comma 2 stessa disposizione)²⁰. Per le prove preformate indicate dalle parti e per quelle costituende, infatti, deve ritenersi ferma l'applicabilità dell'art. 190 comma 1 c.p.p., ai sensi del quale, la loro ammissione avviene a richiesta di parte. In questo senso, anche se indirettamente, depone l'art. 185 norme att. c.p.p. – anch'esso dettato con riferimento all'assunzione probatoria²¹ – che, nel disporre che il

¹⁸ Cfr. F. GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 487.

¹⁹ Ritengono che il potere d'acquisizione d'ufficio sia riferibile, invece, a qualunque prova, *ex multis*, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1256; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2880.

²⁰ In armonia con la regola, risulta la previsione di cui all'art. 186 norme att. c.p.p. (in tema di applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato), secondo cui: « [l]e copie delle sentenze o decreti irrevocabili, se non sono allegate alla richiesta prevista dall'articolo 671 comma 1 del codice, sono acquisite d'ufficio ».

²¹ Una conferma in tal senso deriva dalla constatazione che la citazione dei testimoni è una mera formalità, distinta dall'ammissione della prova testimoniale (come emerge

giudice proceda senza particolari formalità, anche con riferimento alla citazione dei testimoni e all'espletamento della perizia, « mostra di presupporre una previa richiesta di ammissione probatoria effettuata dalle parti, così attestando l'immanenza del diritto alla prova all'intero sistema processuale penale, compresa in esso la fase esecutiva »²². In questo senso vanno allora interpretate le più sopra richiamate locuzioni impiegate dal legislatore nell'art. 666 comma 5 c.p.p. – *id est*: « di cui abbia bisogno » e « se occorre » (cfr., ad es., art. 220 c.p.p.) – con riferimento all'iniziativa dell'organo giudicante²³.

Si può sostenere, quindi, che non vi sia alcun argomento per dover riconoscere la priorità dell'attivazione officiosa *in executivis* rispetto al diritto delle parti ad ottenere l'ammissione della prova richiesta – in quanto estrinsecazione del diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 comma 2

chiaramente dall'art. 468 comma 2 ultima parte c.p.p.); mentre l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia sono formalità di assunzione della prova. Sul punto, v. S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 243 ss.; D. POTETTI, *La prova nel procedimento esecutivo di cui all'art. 671 c.p.p.*, cit., p. 1686; sul punto, *contra*, però, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 433.

²² *Ad litteram*, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 111; cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 425-426.

²³ Sul punto, cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 192, secondo i quali « va affermata in tema di prova l'accessorietà dell'intervento del giudice rispetto a quello delle parti, ricavabile dall'impiego legislativo di proposizioni specifiche (« di cui abbia bisogno » e « se occorre ») (art. 666, 5° comma, c.p.p.) nonché dal filo rosso che nel sistema processuale rinnovato lega tutte le 'incursioni' istruttorie officiose del giudicante ».

Cost.) – e, quindi, l’applicabilità delle regole sull’ammissione probatoria scritte nel Libro terzo c.p.p. A conferma dell’esistenza di un vero e proprio diritto alla prova, si può richiamare l’art. 111 comma 3 Cost. Tale disposizione – estensibile analogicamente ai procedimenti esecutivi²⁴ – prevede, infatti, che « [n]el processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore [...] » (cfr. art. 6 comma 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo; 14 comma 3 lett. *e* Patto intern. dir. civ. pol.). Senza trascurare che un potere d’iniziativa probatoria del giudicante, del tutto svincolato dal principio della domanda, si porrebbe irrimediabilmente in contrasto col principio d’imparzialità e terzietà del giudice. Non si può, infatti, dubitare dell’inopportunità dell’iniziativa probatoria officiosa, considerate – come già anticipato²⁵ – le contaminazioni psicologiche che, inevitabilmente, investono il soggetto che “propone” il dato probatorio²⁶.

Sicché, deve concludersi che la compatibilità costituzionale della disciplina probatoria in esecuzione resti affidata al riconoscimento del fondamentale diritto

²⁴ V., *supra*, cap. 1, § 10.

²⁵ V., ancora, *supra*, cap. 1, § 10.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. 15 settembre 1995 n. 432, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3379 ss., con nota di P.P. RIVELLO; F. GIUNCHEDI, *L’aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., 2004, p. 484.

alla prova in capo alle parti²⁷, inteso, anzitutto, quale diritto all'impulso probatorio (cfr. art. 190 comma 1 c.p.p.). Ne discende, pertanto, che anche in sede di procedimento d'esecuzione, non può che spettare a questi ultimi, *in primis*, di dare ingresso al materiale sul quale il giudice si troverà successivamente a fondare la sua decisione,

²⁷ Sull'applicabilità *in executivis* dell'art. 190 c.p.p., v. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 321; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 580; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 424; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 566; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 243; D. POTETTI, *La prova nel procedimento esecutivo di cui all'art. 671 c.p.p.*, cit., p. 1687; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 171; G. VARRASO, *Il reato continuato, tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 379; cfr., altresì, F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 133; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 271; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, p. 254 ss.; A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 888; *contra*, invece, v. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429; A. SCALFATI, *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, cit., p. 115-116, ad avviso del quale, i criteri di ammissibilità propri del procedimento di cognizione, considerate le esigenze di speditezza della procedura, non possono trovare ospitalità nel procedimento di sorveglianza, « occorrendo che l'interessato spieghi davvero al giudice perché l'elemento da assumere possiede un proprio rilievo ai fini della pronuncia, tenuto conto, naturalmente, del materiale sino ad allora acquisito ».

attraverso una richiesta di ammissione del relativo mezzo di prova²⁸.

Al fondamentale diritto alla prova, si deve aggiungere, anche e soprattutto alla luce dell'art. 111 comma 3 Cost., il diritto delle parti alla c.d. controprova, cioè « all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico » (art. 495 comma 2 c.p.p.)²⁹: a ciascuna di esse deve essere garantita la

²⁸ Cfr. Cass., sez. I, 7 maggio 1998, Gobbi, in *Cass. pen.*, 2000, p. 931-932, per la quale « [q]ualora non sia diversamente stabilito, incombe su colui che intende avvalersi di una facoltà o godere di un beneficio che siano previsti dalla legge, fornire la prova della sussistenza del presupposto su cui la domanda si fonda, non potendosi, in assenza di una norma che lo preveda espressamente, stabilire a carico del giudice competente a decidere su di essa l'obbligo di acquisirla di ufficio »; conf. Cass., sez. I, 5 luglio 2001, La Rosa, cit.; Cass., sez. I, 18 novembre 1994, Montagna, cit.; Cass., sez. I, 26 aprile 1993, Minguzzi, cit.

²⁹ In questo senso, tra gli altri, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 321-322; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429-430; anche se con riferimento al procedimento di sorveglianza, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 580-581; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 429; in merito, cfr., però, seppure prima dell'avvento del nuovo art. 111 Cost., Cass., sez. I, 24 settembre 1993, Pezzoni, in CED, n. 3605, secondo cui « è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 678 c.p.p. sollevata sul rilievo che la inapplicabilità nel procedimento di sorveglianza del disposto del comma secondo dell'art. 495 c.p.p., relativo al diritto dell'ammissione delle prove a discarico, importerebbe disparità di trattamento nell'esercizio del diritto di difesa rispetto all'indagato o all'imputato nel procedimento penale. Infatti nel procedimento di sorveglianza, cui vanno estese, a norma dell'art. 678 c.p.p., le disposizioni regolanti il procedimento di esecuzione, è garantito l'esercizio del diritto di difesa non soltanto

possibilità di esaminare e replicare alle prove indicate dall'altra o, eventualmente, acquisite d'ufficio³⁰.

Infine, la configurabilità di tali diritti in capo alle parti trova piena conferma, anche nella normativa ordinaria, in particolare nell'art. 327-*bis* comma 2 c.p.p., che disciplina l'attività investigativa del difensore. Tale disposizione attribuisce a quest'ultimo e agli altri componenti il polo della difesa tecnica, la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, « in ogni stato e grado del procedimento,

con la presenza necessaria del difensore nell'udienza di trattazione, ma altresì con il riconoscimento della facoltà di dedurre o richiedere elementi di discarico – eventualmente anche a mezzo dell'audizione personale di cui al comma quarto dell'art. 666 c.p.p. – come si ricava dal combinato disposto dell'art. 666 comma quinto dello stesso codice e 185 delle relative disposizioni di attuazione, salvo il vaglio di pertinenza e di inerenza probatoria comunque rimesso al giudice. D'altro canto il diritto alla prova a discarico di cui all'art. 495, secondo comma c.p.p. attiene al processo di cognizione che inerisce ad una fase del processo penale in cui deve essere accertata la posizione dell'imputato rispetto al fatto ascrittogli, mentre il procedimento di sorveglianza, come quello di esecuzione, riguarda sanzioni accessorie alla pena inflitta, ovvero alla pericolosità del condannato, sicché la diversità ravvisabile tra la posizione dell'imputato e quella della parte privata nel procedimento esecutivo o di sorveglianza, giustifica, con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, anche la lamentata disparità normativa nell'esercizio di facoltà difensive »; cfr., altresì, Cass., sez. III, 12 agosto 1993, Cova, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3033, che ha escluso, inoltre, l'applicabilità delle norme sulla mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606 comma 1 lett. *d* c.p.p.).

³⁰ Tra le altre, v. Cass., sez. VI, 26 giugno 1997, Abatini, in CED, n. 208817; conf. Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, *ivi*, n. 191606.

nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione »³¹.

A proposito delle modalità introduttive, si può ritenere che le relative richieste di prova, stante il silenzio della legge sul punto, possano essere presentate già in sede di richiesta d'avvio del procedimento, ovvero inserite nelle memorie *ex art. 666 comma 3 c.p.p.* o, ancora, formulate direttamente in udienza, posto che la struttura stessa del rito di esecuzione induce ad escludere l'operatività dei limiti temporali per il deposito delle liste *ex art. 468 c.p.p.* (che, stante il ristretto termine previsto per la notificazione o comunicazione dell'avviso d'udienza, di cui all'*art. 666 comma 3 c.p.p.*, risulterebbero addirittura pregiudizievoli per la parte richiedente)³² (cfr. *art. 173 comma 1 c.p.p.* e *185 norme att. c.p.p.*). Il diritto alla prova implica, per il giudice, il dovere, a sua volta, di ammettere il mezzo di

³¹ Cfr. G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 111, secondo il quale, infatti, « di un diritto alla prova si può oggi parlare a pieno titolo a fronte dell'*art. 327-bis, comma 2, c.p.p.* »; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 428-429. In generale, sul tema delle indagini difensive, v. P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXVII.2, Milano, 2005.

³² Cfr. Cass., sez. I, 19 maggio 2000, Di Bella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 922; *contra*, Cass., sez. III, 28 settembre 2010, Martimucci, in CED, n. 248778, secondo la cui massima « [i]l giudice dell'incidente di esecuzione non deve tener conto delle memorie e dei documenti che siano prodotti oltre il termine del quinto giorno antecedente l'udienza ». In dottrina, cfr. L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 438, i quali, anche se con riferimento al rito di sorveglianza, evidenziano come « l'assenza di un obbligo di *discovery*, consentendo prove a sorpresa, rende il procedimento [*de quo*] del tutto diverso da quello di cognizione e ciò fa sorgere molte perplessità ».

prova richiesto o, quantomeno, di pronunciarsi sulla sua ammissibilità, il cui vaglio deve dunque avvenire sulla base dei criteri fissati nell'art. 190 comma 1 c.p.p.³³: l'unico limite all'ammissione è rappresentato dalle prove vietate dalla legge e da quelle manifestamente superflue ovvero irrilevanti.

In un contesto così ricostruito, in coerenza col sistema, il giudice si muove, dunque, entro confini più ristretti rispetto a quelli in cui spazia il diritto alla prova, atteso che l'iniziativa probatoria officiosa può e deve trovare ragion d'essere, secondo una tendenza suppletiva, soltanto nell'esigenza di far fronte all'inerzia delle parti, negli stessi limiti di cui all'art. 507 c.p.p.³⁴.

³³ ... in quanto « ogni diversa valutazione, non improntata ai suddetti criteri, in fatto e in diritto, non solo esula dal potere del giudice, ma contravviene al diritto alla prova delle parti, concretizzando una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia del giudice » (così Cass., sez. VI, 22 gennaio 1993, Armenio, in *Riv. pen.*, 1994, p. 233; conf. Cass., sez. VI, 7 febbraio 1996, Tollardo, in *Cass. pen.*, 1997, p. 759); *contra*, Cass., sez. I, 27 aprile 1997, Esposito, in CED, n. 202141, per cui « [i]l procedimento camerale, per la sua struttura scarsamente formale, consente al giudicante di acquisire informazioni e prove, anche di ufficio, senza l'osservanza dei principi sull'ammissione della prova di cui all'art. 190 [c.p.p.], essendo essenziale l'accertamento dei fatti, nel semplice rispetto della libertà morale delle persone e con le garanzie del contraddittorio».

³⁴ V. L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 59, la quale evidenzia come « [i]l sistema sopporta un intervento d'ufficio nel contesto probatorio, nella misura in cui il giudice non esautorì gli antagonisti, non si sostituisca o sovrapponga alla loro iniziativa, ma, nel percorso da questi tracciato, si adoperi per colmare lacune che non consentono di raggiungere la verità processuale »; S. CORBETTA, sub *art. 507 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario al nuovo*

3. I mezzi di prova ammissibili. – La normativa in materia sembra riservare un ruolo di particolare rilievo ai “documenti” e alle “informazioni” richiedibili dal giudice alle pubbliche autorità (art. 666 comma 5 c.p.p.)³⁵. Dalla lettura dell’art. 666 comma 5 c.p.p., sembra potersi evincere l’importanza primaria che il legislatore avrebbe riservato alla prova precostituita – la quale, infatti, in considerazione delle esigenze di celerità e semplificazione tipiche della fase esecutiva, si atteggia, nella prassi, a strumento privilegiato per la formazione del convincimento del giudice – rispetto alle prove costituende, alle quali l’inciso « se occorre », contenuto nell’art. 666 comma 5 c.p.p., parrebbe aver assegnato, invece, un ruolo sussidiario ed eventuale³⁶. Ne discenderebbe, secondo una siffatta ricostruzione, che il giudice procedente, dapprima debba chiedere alle autorità

codice di procedura penale, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Milano, 2007, p. 6467; G. UBERTIS, *Neutralità metodologica e del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 22; inoltre, G. VARRASO, *Il reato continuato, tra processo ed esecuzione penale*, cit. p. 380, nt. 82.

³⁵ Per un rilievo critico su questa impostazione, v. F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 427; anche se con riferimento specifico alla giurisdizione rieducativa, P. COMUCCI, *L’art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 580, la quale fa rilevare come un tale sistema « trov[i] la sua ragion d’essere nell’assetto originario della giurisdizione rieducativa chiamata a verificare i risultati del trattamento svolto in istituto o a formulare valutazioni prognostiche in base ai risultati dell’osservazione della personalità ».

³⁶ Cfr. F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, p. 170-173; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 322; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 344-345.

competenti tutti i documenti « di cui abbia bisogno » e soltanto quando questi dovessero risultare insufficienti ai fini della decisione, ricorrere agli ordinari mezzi di prova³⁷.

Invero, la preminenza che risulterebbe così accordata ai documenti e alle informazioni non sembra trovare alcuna giustificazione nel sistema, data la non omogeneità delle attuali competenze conferite ai giudici della fase esecutiva, nell'esercizio delle quali si rende spesso necessaria l'assunzione di prove sul fatto³⁸.

Si deve ammettere, ad ogni modo, che il giudice, in applicazione delle regole in materia di prove documentali dettate per la cognizione, agli art. 234 ss. c.p.p., possa acquisire qualsiasi tipo di documento³⁹ rappresentante fatti,

³⁷ Cfr. Cass., sez. I, 5 aprile 2006, Portulano, in CED, n. 264674, secondo la quale « la prova nel procedimento di sorveglianza è rimessa alla attività officiosa del giudice e [...] non deve avere la consistenza richiesta per la prova nel giudizio penale di cognizione, potendo invece atteggiarsi anche in modo diverso ».

³⁸ V., *ex plurimis*, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 580.

³⁹ Per una sua definizione nello specifico ambito del procedimento di sorveglianza, v. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 351, il quale ricomprende nel termine generico “documento” la « documentazione di base, cioè tutta la documentazione costituita prima dell'inizio del procedimento, in grado di fornire utili elementi di giudizio per la deliberazione finale »; in tema, anche F. GIUNCHEDI, *I documenti nel procedimento post rem iudicatam*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1575-1576. Sulla distinzione tra atto e documento, v. G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 117-119.

persone o cose, mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo (art. 234 comma 1 c.p.p.), ritenuto rilevante per la sua decisione. A tal fine, egli ha la possibilità, inoltre, di acquisire i certificati del casellario giudiziale⁴⁰, le certificazioni sanitarie, la documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza, i decreti penali irrevocabili, le sentenze irrevocabili⁴¹ di qualunque giudice italiano e quelle straniere riconosciute (art. 236 comma 1 c.p.p.), i documenti provenienti dall'imputato (art. 237 c.p.p.) nonché i verbali delle prove assunte in un diverso procedimento penale o in un giudizio civile con sentenza passata in giudicato (art. 238 c.p.p.)⁴².

⁴⁰ In giurisprudenza, si ammette che il giudice di sorveglianza possa acquisire i certificati relativi ai carichi pendenti dell'interessato, ciò al fine di valutare i fatti storici costituenti ipotesi di reato riferibili al condannato, senza necessità di attendere la definizione del relativo procedimento, rilevando, in questa sede, unicamente l'apprezzamento della di lui condotta, onde stabilire se lo stesso sia meritevole dei benefici alternativi alla detenzione (Cass., sez. I, 15 dicembre 2000, *Bido*, in *Riv. pen.*, 2001, p. 770). Si possono, tuttavia, nutrire dei dubbi circa la compatibilità di tale prassi con il principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost.: c'è il rischio che la valutazione del fatto storico di reato, ai fini suddetti, nasconda un pre-giudizio sulla responsabilità del soggetto al quale è addebitato, con ripercussioni sulla concedibilità/revocabilità dei benefici.

⁴¹ ... a tal proposito, cfr. art. 186 norme att. c.p.p.

⁴² A sua volta, la disciplina del procedimento di sorveglianza prevede un'autonoma possibilità di acquisizione di documentazione. Ai sensi dell'art. 678 comma 2 c.p.p., qualora si proceda nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, il giudice acquisisce e valuta, obbligatoriamente, gli atti relativi a tale indagine. Questa specifica

L'art. 666 comma 5 c.p.p. individua, accanto ai documenti, le informazioni, le quali, però, sono utilizzate pressoché soltanto in ambito penitenziario⁴³. Basti qui dire che si tratta di un mezzo di prova atipico rispetto agli strumenti probatori di cui al Libro terzo c.p.p.⁴⁴: la dottrina, nell'intento di pervenire a una loro tipizzazione, ha ravvisato nel loro contenuto l'elemento caratterizzante, precisando, al contempo, che il termine "informazione" « designerebbe un'attività che investe l'aspetto probatorio fattuale, rivolto alla ricerca di notizie utili per l'esercizio di una funzione giurisdizionale »⁴⁵. Le informazioni possono essere comunicate all'autorità giudiziaria sia in forma scritta, assumendo in tal caso la forma grafica del documento – tuttavia, non si tratta di prova documentale,

prova, infatti, si differenzia dai documenti richiesti dal giudice di cui all'art. 666 comma 5 c.p.p. Essa non è nella disponibilità dell'organo giudicante, né delle parti, posto che il giudizio sulla sua ammissibilità è espresso a monte dal legislatore: « la differenza è conseguenza della particolare rilevanza probatoria attribuita alla documentazione la cui acquisizione non deve essere filtrata attraverso il canale procedurale di ammissione-acquisizione, mentre la soluzione dettata per i documenti è nel rispetto dei canoni processuali ordinari » (v., per queste considerazioni, F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 194-195.

⁴³ F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 318; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 198.

⁴⁴ Cfr. F. CORBI, *Problemi della prova nel procedimento di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 422; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 199.

⁴⁵ Cfr. F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 198.

bensì di vero e proprio atto processuale – sia oralmente, sotto forma di testimonianza.

In ogni caso, a fronte di una richiesta d'ammissione o dell'acquisizione d'ufficio di documenti e informazioni, in funzione di garanzia del diritto di difesa, si deve riconoscere alle parti il diritto di esaminarli (art. 495 comma 3 c.p.p.) e, eventualmente, di opporsi agli stessi nonché di richiedere, autonomamente, ulteriore e diverso materiale documentale e informativo. Nell'interesse della parte privata, pertanto, il difensore, nell'esercizio della sua attività investigativa, è legittimato a ricevere dichiarazioni scritte, assumere informazioni da persone in grado di riferire circostanze utili e richiedere documenti alla pubblica amministrazione (v. art. 391-*bis*, *ter* e *quater* c.p.p.)⁴⁶.

In base all'art. 666 comma 5 c.p.p., i giudici della giurisdizione esecutiva, inoltre, possono servirsi – in quanto ne sia stata richiesta l'ammissione dalle parti – di altri mezzi di prova, diversi dai documenti e dalle informazioni (« se occorre assumere prove »). In proposito, l'art. 185 norme att. c.p.p., fa un espresso richiamo alla possibilità di utilizzo della testimonianza (art. 194 c.p.p.) e della perizia (art. 220 c.p.p.), ma si tratta – come anche si avrà modo di chiarire a breve – di una elencazione non esaustiva.

Il contributo conoscitivo che la testimonianza e la perizia sono in grado di offrire può risultare determinante per la definizione del procedimento cui accedono. Si pensi – per fare qualche esempio – all'ipotesi di accertamento, da parte del giudice dell'esecuzione, dell'esistenza del

⁴⁶ V., per tutti, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 66 ss. e 124 ss.

medesimo disegno criminoso, di cui all'art. 671 c.p.p., e, ancora, alle sue competenze in tema di *abolitio criminis*, ex art. 673 c.p.p. È evidente che, in casi del genere, all'eventuale inadeguatezza delle emergenze documentali ben può farsi fronte con il ricorso alla prova testimoniale.

Decisivo può risultare, altresì, il ricorso alla perizia, laddove – per fare ancora un esempio – il giudice dell'esecuzione debba compiere le indagini necessarie per l'identificazione di un condannato, del quale sia dubbia l'identità personale⁴⁷.

Data la genericità della formulazione contenuta nell'art. 666 comma 5 c.p.p. e il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione di cui all'art. 185 norme att. c.p.p. (« anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia »), si deve ritenere che il legislatore tecnico del 1988 non abbia inteso porre alcuna limitazione circa la possibilità di utilizzazione di ulteriori e diversi mezzi di prova⁴⁸. Il

⁴⁷ Anche se è soprattutto nello specifico ambito di competenza della magistratura di sorveglianza che tale mezzo trova più frequente utilizzazione, per l'accertamento di tutta una serie di condizioni fisiche o psichiche, considerate incompatibili con lo *status detentionis*, in cui, eventualmente, versò il detenuto (condannato o internato). Sull'utilizzo della perizia nel procedimento d'esecuzione, cfr., specialmente, A. GAITO, *Assunzione di perizia nell'incidente d'esecuzione e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1999, p. 125; per il suo peculiare rilievo nel procedimento di sorveglianza, F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, cit., p. 240 ss.

⁴⁸ In tal senso, tra gli altri, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 319; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 428-429; ID. - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 204; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 195; O. MAZZA, *Il giudice e il*

riferimento è, naturalmente, a quelli tipici del processo di cognizione, il cui utilizzo in concreto presuppone, tuttavia, la verifica della compatibilità con la peculiare natura dei procedimenti esecutivi e con quella del suo oggetto.

Ciò premesso, in udienza risulta dunque possibile fare ricorso, oltre che alla prova testimoniale e alla perizia, anche alla consulenza tecnica (art. 233 c.p.p.), il cui oggetto è identico a quello della perizia, nonché alla ricognizione di persona (art. 213 c.p.p.) e ai confronti (art. 211 c.p.p.).

Può risultare problematico, invece, fare luogo all'esame delle parti, in particolare, dell'interessato. L'esperibilità del mezzo *de quo* presuppone, infatti, la presenza di tale soggetto in udienza⁴⁹, garantita appieno, però, soltanto con riferimento a colui il quale sia libero ovvero detenuto o internato nella circoscrizione del giudice procedente, che abbia richiesto di presenziare. Nell'ipotesi in cui l'interessato risulti detenuto in luogo situato al di fuori della predetta circoscrizione, infatti, la sua partecipazione effettiva all'udienza è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice procedente; se questi non ritiene di dover disporre la traduzione, l'interessato può soltanto chiedere di essere sentito da parte del magistrato di sorveglianza del luogo, il quale, peraltro, è

procedimento di esecuzione, cit., p. 430; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2880.

⁴⁹ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 319; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 430; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2880.

delegato alla mera ricezione delle dichiarazioni rese spontaneamente prima dell'udienza⁵⁰.

Non è ammissibile, invece, il ricorso alla ricognizione di cose, *ex art.* 215 c.p.p. La ragione dell'incompatibilità di tale mezzo di prova risiede nel riferimento specifico fatto dalla norma al « corpo del reato » o alle « altre cose pertinenti al reato », cioè ad elementi che in nessun caso possono costituire oggetto di giudizio in sede di giurisdizione esecutiva⁵¹. Per la medesima ragione deve escludersi, infine, l'impiego dei “mezzi di ricerca della prova” (art. 244 ss. c.p.p.), in quanto finalizzato, esclusivamente, all'acquisizione di emergenze probatorie di possibile utilizzazione ai fini del giudizio sull'esistenza del fatto-reato⁵². Fanno eccezione, le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte al fine di agevolare le ricerche del latitante (art. 295 commi 3 e 3-*bis* c.p.p.)⁵³.

⁵⁰ Escludono, invece, l'utilizzo di tale mezzo di prova F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 204-205 (sul presupposto che la partecipazione dell'interessato all'udienza camerale, *ex art.* 666 comma 4 c.p.p., sarebbe in realtà mezzo “di difesa” e non “di prova”).

⁵¹ Per tutti, F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 205.

⁵² Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 319; ancora, F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 205.

⁵³ Cfr. Cass., sez. I, 1° febbraio 2001, Mangia, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 452, per cui « [l]e intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte, ai sensi dell'art. 295 [c.p.p.], per agevolare la ricerca del latitante che volontariamente si sottrae ad un ordine di carcerazione, devono essere autorizzate – eccetto i casi di urgenza, in cui il pubblico ministero, salvo convalida, può agire direttamente – dal giudice dell'esecuzione individuato a norma dell'art. 665

4. Le modalità di assunzione della prova tra tutela del contraddittorio ed esigenze di semplificazione. – Il diritto alla prova – riconosciuto operante anche *in executivis*, sulla base delle considerazioni fin qui svolte – implica, a sua volta, quello alla sua effettiva assunzione in contraddittorio⁵⁴. Ciò trova conferma, oltre che, in generale, nell’art. 24 comma 2 Cost., anche e soprattutto nell’art. 111 comma 4 Cost., che sancisce l’obbligo, per il legislatore, di regolare la formazione della prova, appunto, secondo il principio del contraddittorio: solo una prova che possa dirsi riconducibile al confronto dialettico tra le parti può rappresentare, per il significato di garanzia che sottende, lo strumento per la decisione del giudice⁵⁵. Resta

c.p.p., come si evince dal rinvio, operato dall’art. 295 c.p.p., alle “modalità” previste dalle norme che disciplinano il ricorso allo strumento captativo nelle indagini preliminari e considerato, altresì, che anche nella fase esecutiva non vengono meno le esigenze di garanzia della libertà e riservatezza delle comunicazioni con riferimento sia alla persona sottoposta al provvedimento che ad una non preventivamente determinabile pluralità di soggetti estranei al rapporto esecutivo ».

⁵⁴ In merito, per tutti, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, cit., p. 163 ss.; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 68-69.

⁵⁵ In proposito, cfr. F. GIUNCHEDI, *L’aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, cit., p. 487, per il quale « [s]e e solo se il principio del “contraddittorio nella formazione della prova” che, di riflesso, non può che richiamare quello dell’onere in capo alle parti previsto dall’art. 190 c.p.p., verrà garantito anche nei procedimenti esecutivi, vi sarà l’armonizzazione con il predicato dettato dall’art. 111 comma 4 Cost.; ogni diversa soluzione innescherebbe serie tematiche di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 111 comma 4 Cost. ».

da chiarire – per quanto ci interessa – in che modo il contributo probatorio delle parti sia garantito in sede di assunzione delle prove avanti al giudice dell'esecuzione.

Il quadro normativo di riferimento è dato dalle disposizioni di cui agli art. 666 comma 5 c.p.p. e 185 norme att. c.p.p., a tenore dei quali, « se occorre assumere prove », il giudice « procede in udienza nel rispetto del contraddittorio », « senza particolari formalità ». L'importanza della regola dell'assunzione « in udienza nel rispetto del contraddittorio » rischia, però, di non essere apprezzata nella sua pienezza, posto che da una prima lettura dell'art. 666 comma 5 c.p.p., non risulterebbe che il principio del contraddittorio sia diretto a garantire la formazione di ogni tipologia di prova utilizzabile nella sede esecutiva. La formulazione letterale della disposizione, infatti, sembra distinguere, in maniera netta, tra documenti e informazioni, da una parte, e “prove”, dall'altra. Ora, atteso che del principio appena richiamato si fa menzione soltanto con riferimento specifico all'assunzione di queste ultime – nella seconda parte del comma – se ne dovrebbe concludere per la sua non operatività rispetto ai documenti e alle informazioni. Conseguentemente, si dovrebbe ammettere che per le prove precostituite – che, in definitiva, sono quelle nella prassi maggiormente utilizzate dal giudice dell'esecuzione ai fini decisori – valga *in executivis* un regime acquisitivo diverso e meno garantito rispetto a quello preordinato in sede di cognizione all'art. 511 c.p.p.

Invero, la distinzione appena prospettata è soltanto apparente. Si deve ritenere, piuttosto, che tra i documenti e le informazioni e le “prove” di cui all'art. 666 comma 5 c.p.p., sussista un rapporto di specie a genere. Se così è, si può allora concludere, in ossequio alla regola generale, per l'operatività del principio del contraddittorio ogni qual

volta il giudice proceda ad assumere prove, siano esse documenti, informazioni o prove costituende⁵⁶.

Nel caso di specie, trattandosi di prove formatesi fuori dal procedimento nel quale sono destinate poi ad essere introdotte per essere utilizzate a fini decisori, l'acquisizione deve avvenire mediante lettura in udienza del documento o dell'informazione – oppure, in luogo della stessa, nell'indicazione degli atti utilizzabili ai fini della decisione – in applicazione dell'art. 511 c.p.p.⁵⁷, con

⁵⁶ Cfr. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 581-582; F. GIUNCHEDI, *I documenti nel procedimento post rem iudicatam*, cit., p. 1582; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 246-247, per il quale « è innegabile che il legislatore, in questa circostanza, non ha certamente brillato in chiarezza (e precisione terminologica), essendo l'art. 666 comma 5 c.p.p., come detto, costituito da due proposizioni tra di loro disomogenee ». Secondo l'A., comunque, è la seconda delle prescrizioni contenute nell'art. *de quo* ad avere « un valore tutt'altro che residuale e dovrà quindi essere sempre rispettata, costituendo il momento dell'assunzione (*rectius*, dell'acquisizione) in udienza un passaggio obbligato ai fini della effettiva integrazione del contraddittorio ». In giurisprudenza v., però, Cass., sez. I, 12 febbraio 2009, Di Perna, in CED, n. 242891, in tema d'immutabilità del giudice nel procedimento di sorveglianza, per la quale, invece, « l'attività di raccolta del materiale probatorio ha luogo in modo semplificato, senza necessità di formali provvedimenti di ammissione e lettura ».

⁵⁷ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 444; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, p. 434; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 247; F. GIUNCHEDI, *I documenti nel procedimento post rem iudicatam*, cit., p. 1676; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 430; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, p. 179; cfr., però, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 324, per i quali, invece, l'acquisizione della prova documentale coinciderebbe con la

la garanzia, per le parti, di potersi almeno confrontare dialetticamente sul loro contenuto, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di sottoporne previamente a esame l'autore, su richiesta delle parti medesime o ad iniziativa del giudice, se questi lo ritiene opportuno. Cosicché, anche nel caso in cui il giudice, trascorsa l'udienza di trattazione, acquisisca d'ufficio, *ex art. 507 c.p.p.*, nuovi documenti o informazioni non già compresi fra gli atti del procedimento, egli può pronunciarsi soltanto ove abbia fissato una nuova udienza camerale e provveduto per le relative comunicazioni e notificazioni, così che le parti possano esaminare la nuova documentazione e formulare, eventualmente, conclusioni diverse ed aggiuntive⁵⁸. Una siffatta interpretazione ha il pregio di impedire che il principio del contraddittorio resti lettera morta proprio con riferimento all'acquisizione delle prove precostituite che – come detto – costituiscono pressoché l'unico strumento concretamente utilizzato dai giudici della giurisdizione esecutiva. Peraltro, nella prassi documenti e informazioni vengono solitamente “chiesti” (cfr. art. 666 comma 5 c.p.p., laddove si legge: « il giudice può chiedere [...] ») dal giudice (monocratico o dal presidente del collegio)

semplice allegazione del documento al fascicolo processuale. Sull'argomento, in generale, v. anche S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000, p. 172 ss.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. I, 26 maggio 2009, D'Argenio, in CED, n. 244032, per la quale « [è] affetta da nullità assoluta per violazione del diritto al contraddittorio e del diritto di difesa la decisione assunta dal giudice dell'esecuzione sulla base anche di documenti acquisiti dopo la discussione e di cui le parti non hanno potuto tener conto in sede di conclusioni »; Cass., sez. I, 9 novembre 1994, Bozzi, *ivi*, n. 200868.

nella fase pre-camerale, ma si deve ritenere che, in questi casi, si tratti di attività di mero inserimento dei suddetti nel fascicolo processuale – funzionale all'economia del procedimento – al solo scopo di assicurarne alle parti e al giudice medesimo la materiale disponibilità per una loro eventuale e futura utilizzazione. L'acquisizione vera e propria, infatti, deve pur sempre avvenire in udienza nel rispetto del contraddittorio *ex art. 666 comma 5 c.p.p.*⁵⁹.

Una volta giunti ad affermare l'inderogabilità del metodo dialettico nella formazione della prova, resta da chiarire il significato della locuzione « senza particolari formalità » di cui all'art. 185 norme att. c.p.p., che rimette al prudente apprezzamento dell'organo giudicante le “forme” di assunzione da adottare in concreto.

Il coordinamento tra le due norme di cui sopra induce a ritenere che il giudice, compatibilmente con le esigenze di speditezza sottese ai procedimenti esecutivi, debba sempre favorire le forme di assunzione che garantiscano maggiormente i diritti delle parti. S'impone, a questo punto, la necessità di valutare quale possa essere, tuttavia, l'incidenza di una tale previsione, in quanto derogatoria rispetto al regime ordinario, sull'applicabilità delle forme vincolanti di assunzione previste per il dibattimento. Il problema si pone, in particolare, con riferimento al ricorso alle forme dell'esame diretto e del controesame. In tal caso, si può ritenere, stanti le evidenti esigenze di semplificazione e di celerità proprie della giurisdizione esecutiva, che l'escussione del teste, del perito o del consulente tecnico, eventualmente dell'interessato, ben possa essere affidata al giudice sulla base delle domande e

⁵⁹ Sul punto, *ex plurimis*, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 324 ss.

delle contestazioni formulate dalle parti, non risultando così, in alcun modo, compromesso il contraddittorio⁶⁰. Tuttavia, si deve ammettere, a fronte di particolari situazioni di delicatezza e di complessità della prova testimoniale o tecnica, che le parti possano chiedere ed ottenere dal giudice di poter procedere con le forme della *cross examination* (contraddittorio per la prova)⁶¹. Del resto, una tale possibilità non è espressamente vietata da alcuna norma e, anzi, sembra trovare conferma nella pronuncia della Corte costituzionale in tema di forme di verbalizzazione di quanto compiuto in udienza ai sensi dell'art. 666 comma 9 c.p.p.⁶². La verbalizzazione in forma integrale, prevista dalla disposizione appena citata a seguito del predetto intervento dei giudici costituzionali, sembra confermare, infatti, la possibilità di ricorrere, in

⁶⁰ In questo senso, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 581; cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 429 per il quale è possibile eliminare il contributo dialettico delle parti quando « vi sia un accordo in tal senso analogo a quello contemplato nel rito monocratico dall'art. 559 comma 3 c.p.p. »; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2880; nello stesso senso, D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 176; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 408-409, per il quale il diritto all'escussione andrebbe « incondizionatamente garantito solo quando sorga una controversia relativa alla verifica o meno di un determinato fatto storico [...], a prescindere dal fatto che il procedimento sia *in bonam* piuttosto che in *malam partem* ». Propendono, invece, per l'impiego *tout court* della *cross-examination*, L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 439; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 253.

⁶¹ In proposito, per tutti, v. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 447.

⁶² In merito, v., immediatamente *infra*, § 5.

sede esecutiva, alle forme probatorie previste per il dibattimento⁶³.

A questo punto, l'opzione per uno schema semplificato di assunzione probatoria può trovare ragion d'essere soltanto nella circostanza che la previsione di forme assuntive rigide e generalizzate, a fronte della diversificazione delle competenze che caratterizza la giurisdizione esecutiva – chiamata, peraltro, a operare attraverso un unico rito – sarebbe certamente foriera di complicazioni e di inutili ritardi nella trattazione dei procedimenti, in violazione del principio della durata ragionevole del processo *ex art. 111 comma 2 Cost.* Cosicché, l'assenza di “particolari formalità” nella fase di assunzione, lungi dal poter essere interpretata come una rinuncia alle corrispondenti forme previste per la fase di cognizione, ha lo scopo di adattare il procedimento probatorio in sede d'esecuzione alle esigenze del singolo caso concreto.

5. Il verbale d'udienza. – Di quanto compiuto in udienza è redatto un verbale, che, in base all'originario disposto di cui all'art. 666 comma 9 c.p.p., doveva essere compilato “soltanto” in forma riassuntiva, a norma dell'art. 140 comma 2 c.p.p.

In proposito, però, si deve dare atto dell'intervento della Corte costituzionale⁶⁴, la quale, già nel lontano 1990,

⁶³ Cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 175; contraria, invece, all'applicazione *in executivis* dell'art. 111 comma 4 c.p.p., A. PRESUTTI, *Il giudicato penale tra principi costituzionali e convenzioni internazionali*, Atti incontro di studio promosso dal C.S.M., Roma, 2004, p. 4-5 (v., *supra*, cap. 1, § 10).

⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. 3 dicembre 1990 n. 529, in *Cass. pen.*, 1991, p. 87 ss., con nota critica di G. CONTI (ad avviso

ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 420 comma 5 c.p.p. e, di riflesso, degli art. 127 comma 10 e 666 comma 9 c.p.p. La pronuncia è stata resa sulla scorta del fatto che l'originaria preclusione della verbalizzazione integrale, desumibile da tali disposizioni – tutte d'identico contenuto sul punto – violasse l'art. 76 Cost., per contrasto con l'art. 2 dir. n. 8 legge-delega c.p.p. 1987, nella parte in cui ha previsto « [...] la possibilità che il giudice disponga l'adozione di una diversa documentazione degli atti processuali in relazione alla semplicità o alla limitata rilevanza degli stessi ovvero alla contingente indisponibilità degli strumenti o degli ausiliari tecnici ».

E, infatti, nell'originario art. 420 comma 5 c.p.p. – così come nelle altre disposizioni colpite dalla declaratoria d'incostituzionalità – la ricorrenza dei predetti presupposti di semplicità e limitata rilevanza era stata recepita come presunzione assoluta, di talché la verbalizzazione riassuntiva era assunta a regola generale e inderogabile per il giudice. Nella pronuncia *de qua*, la Consulta ha chiarito, invece, come la peculiare natura dell'udienza preliminare, pur potendo « giustificare la presunzione di “semplicità e di limitata rilevanza” degli atti che in essa si compiono », non possa « fa[re] assurgere a regola inderogabile la forma semplificata di documentazione di quegli atti ». Secondo i giudici costituzionali, infatti, « in base ai criteri e principi della delega, qualunque delle due forme alternative sia prevista come regola nella fase, di volta in volta,

dell'autore, con la formulazione originaria della norma in questione, il legislatore delegato aveva semplicemente inteso « specificare che la verbalizzazione non richiede di essere accompagnata [...] dalla riproduzione fonografica, in deroga alla regola posta dall'art. 134 comma 3 [c.p.p.] »).

considerata deve, pur sempre, essere conservata al giudice la possibilità di avvalersi dell'altra forma di verbalizzazione in relazione alle concrete esigenze processuali »⁶⁵. Su queste basi, conseguentemente, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 420 comma 5 c.p.p., 127 comma 10 e 666 comma 9 c.p.p., nella parte in cui prevedono che la verbalizzazione dell'udienza avvenga "soltanto", anziché "di regola", in forma riassuntiva. A seguito di questo intervento della Corte costituzionale, pertanto, anche nei procedimenti esecutivi il verbale d'udienza deve essere redatto, di regola, in forma riassuntiva, salva la facoltà per il giudice di fare ricorso alla verbalizzazione integrale ove lo reputi opportuno.

⁶⁵ Per questa citazione e la precedente, Corte cost., sent. 3 dicembre 1990 n. 529, cit.

CAPITOLO 5

LA FASE DECISORIA E L'IMPUGNAZIONE

SOMMARIO: **1.** L'ordinanza conclusiva del procedimento. – **2.** L'impugnazione: il ricorso per cassazione. – **3.** Il giudicato esecutivo.

1. L'ordinanza conclusiva del procedimento. – Terminata l'udienza camerale, prende avvio la fase decisoria, nella quale il giudice dell'esecuzione adotta l'ordinanza conclusiva con cui dichiara inammissibile, accoglie ovvero rigetta la richiesta (art. 666 comma 6 c.p.p.). Vale la pena chiarire, fin da subito, che, anche nella sede *de qua*, data la sua natura giurisdizionale, si deve ritenere applicabile, il principio d'immutabilità del giudice¹. E, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza,

¹ In questo senso, di recente, cfr. Cass., sez. I, 12 febbraio 2009, Di Perna, in CED, n. 242891, secondo cui « il principio di immutabilità del giudice, che trova applicazione anche nel procedimento di sorveglianza [...] non impedisce che in esso, poiché l'attività di raccolta del materiale probatorio ha luogo in modo semplificato, senza necessità di formali provvedimenti di ammissione e lettura, possano essere utilizzati anche atti precedentemente ammessi o acquisiti innanzi al giudice in diversa composizione »; conf. Cass., sez. I, 8 maggio 2002, Rubini, in *Guida dir.*, 2002, f. 40, p. 67; Cass., sez. I, 31 maggio 2000,

sebbene si tenda a escludere l'applicazione diretta dell'art. 525 comma 2 c.p.p., contemplata, *expressis verbis*, solo con riguardo alla sede di cognizione, si concorda, tuttavia, che detta regola sia comunque suscettibile di estensione in via analogica al procedimento di cui all'art. 666 c.p.p., in quanto estrinsecazione di quella « universale esigenza che la decisione giurisdizionale, qualsivoglia forma venga ad assumere, sia emanata dal medesimo giudice che ha provveduto alla trattazione della procedura »².

L'ordinanza che definisce il procedimento è suscettibile, una volta esperita l'impugnazione ovvero decorsi i termini per proporla, di divenire irrevocabile *rebus sic stantibus*³. Nonostante il mancato riferimento, nell'art. 666 comma 6 c.p.p., alla necessità della motivazione, è agevole concludere, tuttavia, in senso affermativo sulla base della regola generale di cui all'art.

Alfonso, in CED, n. 216256; *contra*, però, Cass., sez. II, 12 marzo 2004, Benincasa, *ivi*, n. 229523.

² Così, Cass., sez. I, 18 marzo 1994, Carnelutti, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 298, per la quale, peraltro, non costituisce violazione del principio suddetto il mero rinvio preliminare all'esame di merito della vicenda. Inoltre, il medesimo principio non impone che vi sia identità tra il giudice che fissa l'udienza e quello che poi provvederà alla trattazione della procedura (cfr. Cass., sez. VI, 2 febbraio 1996, Tavella, *ivi*, 1997, III, p. 41). In dottrina, sull'applicabilità del principio d'immutabilità del giudice nel procedimento d'esecuzione, v., per tutti, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 431; ID., *sub art. 666 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2881.

³ V., *infra*, § 3.

125 comma 3 c.p.p. (cfr. art. 111 comma 6 Cost.)⁴. Sotto il profilo contenutistico, il giudice, pertanto, deve dare conto, nella decisione, della valutazione di tutti gli elementi acquisiti nel corso dell'udienza, a pena di nullità⁵.

Venendo al dispositivo del provvedimento, secondo un condivisibile, ma purtroppo isolato, arresto della Corte di legittimità, la sua mancanza dovrebbe essere sanzionata con la nullità dell'atto, sulla base di quanto prescritto dall'art. 546 c.p.p., con riferimento ai requisiti della sentenza: si è già evidenziato, infatti, come l'ordinanza emessa all'esito del procedimento d'esecuzione abbia « struttura e contenuto analoghi a quelli della sentenza ed al pari di questa decid[a], eventualmente in modo irrevocabile, la questione di merito sostanziale che ne costituisce l'oggetto »⁶. Affatto diversa, tuttavia, la

⁴ Del resto, l'ordinanza conclusiva del procedimento d'esecuzione ha natura decisoria ed è del tutto assimilabile, quanto a natura ed effetti, ad una sentenza (v. immediatamente *infra* nel testo).

⁵ Il provvedimento deve ritenersi difettoso allorché non siano esplicitati i motivi della decisione, limitandosi il giudice ad un generico riferimento ad « informazioni assunte » (cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 1994, Bonicoli, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3109); ovvero si ricorra, in esso, ad « espressioni prive di contenuto concreto » (cfr. Cass., sez. I, 12 gennaio 1994, Tagliaria, *ivi*, 1995, p. 706).

⁶ *Ad litteram*, Cass., sez. I, 2 febbraio 1994, Di Giorgio, in CED, n. 197120, per la quale, inoltre, « il dispositivo non può desumersi implicitamente dalla parte motiva: la motivazione del provvedimento, infatti, può esplicare utilmente funzione di orientamento per la comprensione del dispositivo ma non può assumere valenza e funzione sostitutiva di questo, che manifesta il comando della legge nel caso concreto e dà certezza del contenuto preciso e indiscutibile della decisione, anche in relazione al potere di impugnazione riconosciuto alle parti ».

posizione della giurisprudenza prevalente, per la quale, invece, la mancanza del dispositivo non incide sulla validità dell'ordinanza, quando esso sia desumibile, in modo non equivoco, dal testo del provvedimento stesso⁷. In assenza di una disposizione che stabilisca la lettura in udienza del dispositivo e, eventualmente, della motivazione dell'ordinanza, si ritiene, nella stessa sede, che la decisione possa essere posticipata rispetto all'immediata chiusura dell'udienza di trattazione, allorquando emerga la necessità di una più attenta valutazione degli atti del procedimento da parte del giudice⁸.

L'ordinanza, una volta emessa, deve essere depositata in cancelleria entro il termine (ordinatorio) di cinque giorni dalla sua deliberazione, ai sensi dell'art. 128 c.p.p. e, quindi, notificata senza ritardo alle parti e ai difensori⁹, all'evidente scopo di consentire loro

⁷ Cfr. Cass., sez. I, 3 marzo 2000, Bucinca, in CED, n. 215816; anche di recente, Cass., sez. I, 11 febbraio 2010, Costabile, *ivi*, n. 246570.

⁸ Cfr., per tutti, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 231; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 431; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2881; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 18 marzo 1995, Bergamini, in *Giust. pen.*, III, c. 229; cfr. Cass., sez. VI, 2 febbraio 1996, Tavella, cit.

⁹ Il difensore è normalmente identificato con colui che possiede tale qualifica al tempo del deposito dell'ordinanza. Nel caso in cui sia stata disposta la sostituzione *ex art.* 97 comma 4 c.p.p. del difensore, di fiducia o d'ufficio, « unico destinatario degli atti destinati alla difesa e segnatamente dei provvedimenti soggetti ad impugnazione è il difensore che risulti titolare dell'ufficio, con esclusione, quindi, del difensore chiamato a sostituire il già nominato difensore d'ufficio o quello incaricato della difesa dallo stesso imputato » (così Cass., sez. un., 11 novembre 1994,

l'esperibilità del ricorso per cassazione. In ordine all'oggetto specifico della notifica/comunicazione alle parti – stante il riferimento letterale dell'art. 666 comma 6 c.p.p. all'ordinanza e non all'estratto o all'avviso di deposito (cfr. art. 585 comma 2 c.p.p.) –, la giurisprudenza¹⁰, in accordo con la dottrina

Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1995, p. 883; Cass., sez. V, 23 marzo 1999, Perchinunno, *ivi*, 2000, p. 946; Cass., sez. II, 9 maggio 2000, Pistoia, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 632). Si deve dare atto, inoltre, dei contrasti interpretativi in relazione all'obbligo di notificazione dell'ordinanza conclusiva al difensore non iscritto all'albo speciale di cui all'art. 613 comma 1 c.p.p. L'orientamento prevalente ritiene in essere l'obbligo della notifica anche nei confronti del difensore non cassazionista, in quanto la lettera della norma dell'art. 666 comma 6 c.p.p. deve essere intesa come unicamente finalizzata ad individuare il mezzo d'impugnazione esperibile e non anche a circoscrivere l'obbligo di notifica ai soli difensori soggettivamente abilitati al ricorso *ex art.* 613 c.p.p. (cfr. Cass., sez. II, 10 luglio 2005, Nigro, in CED, n. 231880; Cass., sez. I, 27 febbraio 1996, Giannattario, in *Cass. pen.*, 1997, p. 106). Inoltre, è bene prendere atto che il difensore, anche se non cassazionista, è pur sempre abilitato ad assistere l'interessato e a prestare la propria consulenza legale, con particolare riferimento all'opportunità per l'interessato stesso di avvalersi dei mezzi di impugnazione consentiti (v. Cass., sez. I, 13 febbraio 1997, Guidali, *ivi*, 1997, p. 3474).

¹⁰ Per tutte, v. Cass., sez. I, 18 giugno 1991, Corina, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3062; *contra*, tuttavia, Cass., sez. I, 13 luglio 1999, Grimaldi, in CED, n. 214043, secondo cui nel procedimento di esecuzione e, più in generale, in quello camerale di cui all'art. 127 c.p.p., « l'atto da notificare – avuto riguardo alla regola dettata dall'art. 128 stesso codice, in base alla quale il cancelliere ha l'obbligo di notificare o comunicare ai soggetti titolari del diritto di impugnazione soltanto “l'avviso di deposito contenente l'indicazione del dispositivo” della decisione adottata – è da ritenere costituito soltanto dal suddetto avviso e non dall'ordinanza decisoria, nulla rilevando che a questa, per chiarezza e sinteticità di

maggioritaria¹¹, è orientata nel senso di ritenere che il provvedimento debba essere portato a conoscenza per intero, « mediante un unico atto nel quale si dà contestualmente avviso dell'avvenuto deposito dello stesso in cancelleria »¹².

Quanto ai tempi della notifica, la norma in esame non prevede un termine perentorio, richiedendo soltanto che vi si proceda « senza ritardo ». La lacuna non è suscettibile di essere colmata, neanche mediante l'applicazione, in via analogica, del termine di cinque giorni di cui all'art. 128 c.p.p., essendo esso meramente ordinatorio. Ne consegue, allora, che, se da un lato, la prevista notificazione « senza ritardo » del testo integrale dell'ordinanza consente alle parti di prendere piena conoscenza del suo contenuto, garantendo teoricamente anche una celere presentazione dell'eventuale ricorso per cassazione; dall'altro, la mancata previsione di una sanzione ricollegabile al ritardo o all'omessa notifica del provvedimento, mina di fatto tale possibilità, in quanto, incidendo tali fattori sulla decorrenza dei termini perentori cui è soggetta

linguaggio, facciano riferimento i citati artt. 666, al comma 6, e 127, al comma 7 [c.p.p.] ».

¹¹ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 235; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione*, cit., p. 431; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2881; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti - G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009, p. 424; *contra*, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 328.

¹² F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, p. 203.

l'impugnazione, impedisce al provvedimento conclusivo di divenire formalmente irrevocabile¹³.

2. L'impugnazione: il ricorso per cassazione. – Il legislatore del 1988, nel solco della tradizione (cfr. art. 631 c.p.p. 1930), ha previsto, quale rimedio esperibile contro il provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione, il solo ricorso per cassazione (art. 666 comma 6 c.p.p.). Sebbene la legge-delega per l'emanazione del codice di rito del 1988 (art. 2 dir. 96), nella sua generica formulazione, legittimasse la predisposizione di più gradi d'impugnazione, il legislatore delegato ha considerato eccessiva la previsione di un eventuale appello: in particolare, la scelta di rinunciare, nel nuovo codice, ad un grado di giurisdizione è stata giustificata nella Relazione prog. prel. c.p.p. 1988 con l'asserita capacità del ricorso per cassazione di offrire comunque « piena garanzia, essendo i presupposti della decisione pienamente controllabili in punto di diritto »¹⁴. Inoltre, la soluzione è

¹³ Cfr. Cass., sez. I, 27 settembre 2007, Broccatelli, in CED, n. 237510, per la quale « [q]ualora il difensore proponga impugnazione prima che gli sia notificato l'avviso di deposito del provvedimento deliberato all'esito dell'udienza camerale, così avvalendosi della facoltà cui l'avviso stesso è preordinato, la formalità della notificazione diviene superflua e nessuna invalidità consegue nel giudizio di impugnazione dal suo mancato adempimento »; conf. Cass., sez. VI, 26 febbraio 1991, Cocco, *ivi*, n. 186879.

¹⁴ In questi termini, si esprime, dunque, la Relazione prog. prel. c.p.p. 1988 (leggibile in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1425); in dottrina, fra gli altri, sostanzialmente d'accordo con la scelta del ricorso per cassazione, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p.

parsa obbligata alla luce della circostanza che giudice dell'esecuzione possa essere, in alcuni casi, la stessa corte d'appello¹⁵.

E invero, se da un lato la tutela del diritto di difesa, costituzionalmente sancito, non postula di per sé, in ogni tipo di procedimento, l'esperibilità di tutti i gradi di giurisdizione¹⁶; dall'altro, non può essere taciuto il dubbio

239; R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 557; invece, tra i critici, rispetto a una tale scelta, v. K. MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, in *D. disc. pen.*, Agg., III, 2, Torino, 2005, p. 1129; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 431; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2881, il quale fa notare come « [a]nche la riforma del giudice di pace ha escluso un riesame di merito della decisione assunta in sede esecutiva, consentendo solo un ricorso per motivi di legittimità, analogo a quello per cassazione, da proporsi però dinanzi al tribunale in composizione monocratica »; G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, cit., p. 412.

¹⁵ In dottrina, per superare le difficoltà connesse al riconoscimento dell'appello, si è prospettata la possibilità di estendere il sindacato della Corte di cassazione anche nel merito. In tal senso G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale, Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 412; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 176.

¹⁶ La legittimità della “scelta minimale” operata dal legislatore delegato è confermata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale rileva che la regola dell'appellabilità non è espressamente garantita dalla Costituzione, né è consentito inferirla

che l'esclusione in assoluto della possibilità di un esame *in facto*, pur non essendo in contrasto con la Carta fondamentale, finisca per sacrificare il pieno esercizio del diritto di difesa nelle ipotesi di procedimenti d'esecuzione avviati con riferimento a questioni che richiederebbero, invece, anche un riesame nel merito (si pensi alle ipotesi del reato continuato e dell'*abolitio criminis*)¹⁷.

dall'art. 24 Cost., quale proiezione del diritto di difesa (cfr. Cass., sez. V, 8 novembre 1991, De Fabritiis, in *A. n. proc. pen.*, 1992, p. 625).

¹⁷ ... ma soprattutto con riferimento alla giurisdizione rieducativa, la previsione di un ricorso esteso anche al merito avrebbe dato maggiori garanzie, attesa la peculiare natura delle questioni in essa trattate, che sono prevalentemente "di merito"; la contraddizione insita nell'opzione legislativa di cui all'art. 666 comma 6 c.p.p. è ancora più evidente stante il riconoscimento dell'appellabilità delle decisioni inerenti alle misure di sicurezza (v. art. 680 comma 1 c.p.p.), considerato che, anche in questo caso, si tratta di pronunce fondate su valutazioni prognostiche relative a situazioni sostanziali del tutto analoghe a quelle interessate dalla giurisdizione rieducativa; cfr. R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 571; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 175; con riferimento specifico al procedimento d'esecuzione, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 213-214; cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani, III, Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 183, per la quale, invece, la scelta del legislatore di escludere un grado di giudizio in relazione al procedimento d'esecuzione « appare opportuna e congrua ».

L'art. 666 comma 6 c.p.p. riconosce la legittimazione ad impugnare alle "parti" (private e pubblico ministero) e ai difensori. Ma la titolarità del diritto al ricorso va riconosciuta anche al tutore e al curatore (anche provvisorio) dell'infermo, in base al disposto dell'art. 666 comma 8 c.p.p. A proposito della legittimazione dell'organo dell'accusa, la giurisprudenza costante ritiene che spetti, in via esclusiva, al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso l'ordinanza, non potendosi riconoscere al procuratore generale presso la corte d'appello un « potere di surroga » del tipo di quello attribuitogli dall'art. 570 c.p.p., nel processo di cognizione¹⁸. Quanto poi al difensore, legittimato a proporre il gravame è il legale dell'interessato che risulti tale al momento del deposito del provvedimento da impugnare, fatta salva la diversa nomina¹⁹. Naturalmente,

¹⁸ Cfr. Cass., sez. I, 2 febbraio 1999, Moro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 125; in dottrina, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 241, ad avviso del quale, in base alla norma di cui all'art. 608 c.p.p. « la legittimazione a ricorrere per cassazione, allorché la legge faccia riferimento puramente e semplicemente al pubblico ministero, deve intendersi attribuita esclusivamente al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento. E, trattandosi di disposizione speciale, rispetto a quella generale di cui all'art. 570, comma 1 [c.p.p.], sembra senz'altro destinata a regolare il ricorso per cassazione previsto dall'art. 666, comma 6 c.p.p. »; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 435; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2881.

¹⁹ Cfr. Cass., sez. I, 14 ottobre 1991, Franceschini, in *Cass. pen.*, 1993, p. 94, che, inoltre, riconosce il diritto a presentare il ricorso al difensore d'ufficio nominato in udienza in luogo di quello di fiducia, che assente, sia stato sostituito, escludendo, peraltro, la necessità di uno specifico mandato ad impugnare.

l'interessato può avanzare anche personalmente il ricorso *de quo*²⁰.

Venendo, quindi, all'individuazione della procedura applicabile, l'art. 666 comma 6 c.p.p. fa un rinvio espresso alle disposizioni generali sulle impugnazioni di cui agli articoli 568 ss. c.p.p., in quanto compatibili, richiedendo che detto giudizio si svolga – salvo il controllo preliminare d'ammissibilità *ex art.* 610 comma 1 c.p.p. – secondo le forme stabilite dall'art. 611 c.p.p., per il procedimento in camera di consiglio²¹. Pertanto, l'impugnazione deve essere proposta, a pena d'inammissibilità, entro il termine (perentorio) di quindici giorni a decorrere dalla notificazione o comunicazione integrale del provvedimento e non già del mero avviso di deposito, come diversamente stabilito dall'art. 585 comma 2 lett. *a*

²⁰ Cfr. Cass., sez. I, 18 novembre 1996, Faccini, in *Cass. pen.*, 1998, p. 128. Non configura causa d'inammissibilità del ricorso la materiale presentazione dello stesso, su incarico del ricorrente medesimo, che ha sottoscritto l'atto, da parte del difensore non iscritto all'albo speciale suddetto (v. Cass., sez. I, 17 gennaio 1997, Sinisi, *ivi*, 1998, p. 511).

²¹ In merito, v. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 431; ID., *sub art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2881. Sulla compatibilità della camera di consiglio *ex art.* 611 c.p.p. con i canoni dell'equo processo si è espressa di recente la Consulta, con sent. n. 80 del 2011, la quale ha giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della l. n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della l. n. 575 del 1965, in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica. Sul punto, v., *infra*, nel testo.

c.p.p.²². Il ricorso deve contenere sia la dichiarazione d'impugnazione, sia l'enunciazione dei motivi a sostegno della stessa, in base alla regola dell'unicità dell'atto d'impugnazione (art. 581 c.p.p.)²³. I motivi deducibili sono esattamente quelli elencati nell'art. 606 c.p.p., nessuno escluso²⁴. Inoltre, vi è la possibilità di presentare “nuovi”

²² Quando il *dies a quo* sia diverso per l'interessato e per il suo difensore, opera, per entrambi, il termine che scade per ultimo *ex art. 585 comma 3 c.p.p.*

²³ Cfr. Cass., sez. VI, 26 marzo 1991, Vitolo, in *Cass. pen.*, 1991, p. 947; tuttavia, *contra*, Cass., sez. I, 17 dicembre 1991, Caccamo, *ivi*, 1993, p. 872, la quale ritiene ammissibile la presentazione non contestuale dei motivi, purché questi siano depositati entro il termine utile per l'impugnazione: « l'impugnazione è un negozio processuale che si compone di una parte, di natura dichiarativa, che esprime la volontà di non prestare acquiescenza al provvedimento impugnato, e di una parte di carattere argomentativo, costituita dai relativi motivi. Ai fini della valida proposizione dei motivi è sufficiente che detti elementi siano intervenuti, sia pure attraverso provvedimenti distinti, nel termine utile per essa previsto ».

²⁴ La Corte di cassazione, intervenuta con specifico riguardo al procedimento di sorveglianza, ha, invece, negato che le ordinanze conclusive possano essere impugate per « mancata assunzione di una prova decisiva, quando una parte ne ha fatto richiesta a norma dell'art. 495, comma 2 c.p.p. », argomentando in base al rilievo che il diritto alla controprova è previsto unicamente per il giudizio dibattimentale e non anche per i procedimenti che si svolgono in camera di consiglio, senza escludere tuttavia che « la mancata assunzione di una prova richiesta, pur non costituendo di per sé una violazione della legge processuale, ben può essere dedotta come motivo di ricorso *ex art. 606, comma 1 lett. [e]* qualora abbia dato luogo ad un difetto di motivazione » (letteralmente, Cass., sez. III, 12 agosto 1993, Cova, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3033).

motivi fino a quindici giorni prima dell'udienza (art. 611 comma 1 c.p.p.). Resta fermo che il ricorso per cassazione non può devolvere al giudice questioni diverse da quelle prospettate nella richiesta e sulle quali il giudice di prime cure non ha statuito²⁵.

Lo svolgimento del procedimento in camera di consiglio *ex art. 611 c.p.p.* comporta, anzitutto, l'assenza del pubblico in udienza. A tal proposito, si deve registrare un nuovo recente intervento del Giudice delle leggi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-*ter* della legge n. 575 del 1965, in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost. – sollevata dalla Corte di cassazione con ordinanza del 12 novembre 2009, con la quale si era, nel frattempo, distaccata dal suo prevalente orientamento²⁶ – concernente la mancanza di pubblicità nelle udienze di prevenzione²⁷. Rispetto, però, al quesito deciso con la precedente sentenza n. 93 del 2010, la nuova questione di costituzionalità

²⁵ Cfr. Cass., sez. V, 4 gennaio 2000, Rotondi, in CED, n. 215976, per la quale la parte, comunque, « ben potrà far valere la diversa questione con altra richiesta, dal momento che il divieto del *ne bis in idem* non opera per le nuove istanze, fondate su presupposti di fatto e motivi di diritto prima non prospettati ».

²⁶ Cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2009, Falsone, in CED, n. 243552; Cass., sez. I, 13 febbraio 2008, Ambrogio, in *Giur. it.*, 2008, p. 1761-1762, con nota di S. FURFARO; Cass., sez. I, 26 febbraio 2008, Cucurachi, in CED, n. 240137.

²⁷ Si tratta di Corte cost., sent. 11 marzo 2011 n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1224 ss. In merito, v. P. CORVI, *Il problema della pubblicità del procedimento di prevenzione e nei riti camerale alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 984 ss.; S. FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 983 ss.

sottoposta al vaglio della Corte è più ampia, in quanto, questa volta, i giudici costituzionali sono chiamati a valutare la compatibilità della medesima normativa con la Convenzione europea, nella parte in cui non consente che, a richiesta di parte, il procedimento di prevenzione si svolga in udienza pubblica anche avanti alla Corte di cassazione. A tal proposito, l'art. 4 comma 11 l. n. 1423 del 1956 prevede, in effetti, che il giudizio di legittimità abbia luogo in camera di consiglio, con le forme di cui all'art. 611 c.p.p.

La Consulta ha, però, dichiarato infondata tale specifica questione di legittimità costituzionale²⁸, sottolineando come l'avvenuto riconoscimento – per effetto della sentenza n. 93 del 2010 – del diritto degli interessati di sollecitare la pubblica udienza davanti ai giudici di merito sia sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla Convenzione europea, atteso anche che, in materia di misure di prevenzione, la legge ammette il ricorso per cassazione soltanto per violazione di legge. A tale conclusione, i giudici costituzionali giungono sulla base del costante orientamento della Corte europea in tema di applicabilità del principio di pubblicità nei giudizi d'impugnazione, per cui la compatibilità dei modelli procedurali recepiti dagli ordinamenti statali col rispetto del principio di pubblicità di matrice convenzionale, deve essere misurata guardando alla procedura nazionale nel suo insieme, di modo che ove una

²⁸ La Consulta ha dichiarato inammissibile, per sopravvenuta mancanza di oggetto, l'altra questione concernente il difetto di pubblicità delle udienze di prevenzione nei gradi di merito, in quanto già decisa dalla sentenza n. 93 del 2010. A tal proposito, v., *supra*, cap. 3, § 4.

pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può trovare la sua giustificazione nelle peculiarità del procedimento che, di volta in volta, viene in rilievo, tanto più se destinato – come, del resto, nel caso in esame – alla trattazione di questioni di mero diritto²⁹. E, infatti, la possibilità di riconoscere il diritto dell'interessato ad ottenere una pubblica udienza in sede di ricorso per cassazione è stata negata, dai giudici costituzionali, sul presupposto che, nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, tale mezzo d'impugnazione è ammesso soltanto “per violazione di legge”³⁰.

Peraltro, lo specifico riferimento, contenuto nella sentenza *de qua*, al giudizio avanti alla Corte di cassazione per soli vizi di legge, previsto dalla normativa in tema di prevenzione, lascia aperta la questione circa la possibilità di riconoscere il diritto alla trattazione pubblica del ricorso per cassazione in tutti quei casi in cui esso sia proponibile anche per i motivi, diversi da quelli di mero diritto,

²⁹ Sul punto, la Corte costituzionale richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza europea: tra le tante, C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 21 luglio 2009, Seliwiak c. Polonia; grande camera, sent. 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia; C. eur. dir. uomo, sent. 29 ottobre 1991, Helmers c. Svezia; C. eur. dir. uomo, sent. 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia.

³⁰ ... la Corte costituzionale ha escluso, inoltre, che nella specie potesse rilevare « la tesi [...] secondo la quale, a seguito della legge 20 febbraio 2006, n. 46 [...] il giudizio davanti alla Corte di cassazione non potrebbe più essere considerato un giudizio di mera legittimità ». Sul punto, v. P. CORVI, *Il problema della pubblicità del procedimento di prevenzione e nei riti camerati alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, cit., p. 986 ss.

elencati all'art. 606 lett. *d* ed *e* c.p.p.³¹: in tali ipotesi – tra le quali rientra il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento d'esecuzione – sembrerebbe doveroso riconoscersi, in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, il diritto dell'interessato a partecipare all'udienza innanzi al Giudice di legittimità e ottenere, su richiesta, lo svolgimento pubblico dell'udienza, quantomeno ove ciò non sia stato garantito nei precedenti gradi di merito³². Una siffatta soluzione interpretativa, però, risulta, allo stato, impedita dal tenore dell'art. 611 c.p.p., che impone lo svolgimento del ricorso rigorosamente a porte chiuse, in ossequio a quanto previsto dalla regola generale di cui all'art. 127 c.p.p., non ammettendo, fra l'altro, neanche la presenza del diretto interessato.

Passando ad analizzare lo svolgimento dell'udienza, sotto il profilo delle garanzie difensive, si deve rilevare come il contraddittorio sia previsto solamente in forma cartolare – in deroga all'art. 127 c.p.p. – risultando, pertanto, più limitato rispetto a quello, di tipo orale,

³¹ ... ossia, rispettivamente, mancata assunzione di prove decisive e vizi di motivazione.

³² Nella sentenza n. 80 del 2011, invece, i giudici costituzionali hanno ritenuto che l'eventuale violazione dell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo nei giudizi di merito in materia di misure di prevenzione – peraltro, esclusa nel caso di specie – non verrebbe affatto rimossa per effetto della trattazione pubblica del ricorso per cassazione, essendo tale gravame circoscritto ai soli motivi di diritto e dunque non in grado di compensare l'assenza di pubblicità nei precedenti gradi di giudizio: « sfuggono all'esame del giudice di legittimità gli aspetti in rapporto ai quali l'esigenza di pubblicità delle udienze è più avvertita, quali l'assunzione delle prove, l'esame dei fatti e l'apprezzamento della proporzionalità tra fatto e sanzione ».

garantito nel procedimento di prima istanza: « l'opzione per tale forma contratta di contraddittorio, se giustificabile per un verso nella misura in cui si pone come mediazione tra le opposte esigenze di massima semplificazione delle forme e di attuazione della garanzia del contraddittorio, è fonte però, soprattutto se si considera la natura di determinate questioni, di evidenti ed indiscutibili scompensi che appaiono oggi tanto più gravi alla luce del dato rinveniente dall'art. 111 comma 2 Cost., riformato, da cui si desume la centralità del contraddittorio quale contrassegno essenziale della giurisdizione, di tal che è lecito metterne in dubbio la compatibilità con il dettato costituzionale »³³. Senza contare, che la lettera dell'art. 611 comma 1 c.p.p., autorizzando, addirittura, l'interpretazione secondo la quale al procuratore generale sarebbe concessa la facoltà di partecipare all'udienza, risalta ulteriormente la predetta incompatibilità, per contrasto col diritto di difesa, anche sotto il profilo della mancata partecipazione di accusa e difesa al procedimento, in condizioni di parità³⁴. È previsto, infatti, che la Corte

³³ Così, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 214; cfr. T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 1064; *contra*, tuttavia, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, cit., p. 210, ad avviso del quale, il legislatore, anche alla luce della natura del controllo in sede di legittimità, avrebbe, invece, opportunamente optato per un giudizio più spedito.

³⁴ Cfr. Cass., sez. VI, 27 novembre 1997, Testa, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 50, la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla base di un ipotizzato eccesso di delega, per non essere nella circostanza realizzata, tra l'altro, la partecipazione di accusa e difesa su basi di

giudichi sui motivi, sulle richieste del procuratore generale e sulle memorie delle altre parti, senza l'intervento dei difensori e, in quanto regola generale per il giudizio in cassazione, in assenza dello stesso interessato.

Onde evitare un'eccessiva compressione del contraddittorio, specie nei casi, non rari, in cui la questione richieda anche un riesame *in facto*, in dottrina è stata avanzata la proposta di sostituire al procedimento *ex art.* 611 c.p.p., quello delineato dall'art. 311 comma 5 c.p.p. in tema di ricorso per cassazione in materia cautelare *de libertate*³⁵. Quest'ultima disposizione rinvia direttamente alle forme del modello camerale di cui all'art. 127 c.p.p., che, a sua volta, prevede la possibilità di instaurare un contraddittorio camerale di tipo orale. Un ricorso per cassazione così congegnato, stante l'identità di *ratio* che sottende ai provvedimenti limitativi della libertà personale, meglio si attaglierebbe, infatti, alla ricorribilità delle ordinanze conclusive del procedimento d'esecuzione.

In deroga al principio dell'effetto sospensivo dell'impugnazione (art. 588 comma 1 c.p.p.), il ricorso in cassazione non sospende l'esecuzione dell'ordinanza³⁶. La

parità, di cui alla direttiva n. 3 della legge-delega c.p.p., successivamente costituzionalizzata dall'art. 111 comma 2 Cost.

³⁵ In merito, v., in particolare, T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 1064-1065; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 214 ss., il quale sottolinea, appunto, « l'identità di *ratio* tra i due contesti, aventi ad oggetto entrambi questioni incidenti sulla libertà personale, che suggerisce una correlativa coerenza sistematica »; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 185.

³⁶ Cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 435; ID., sub *art. 666 c.p.p.*, cit., p. 2881. Di opposto tenore

ragione che giustifica tale previsione è, evidentemente, quella di evitare ricorsi a scopo dilatorio, allorché si tratti dell'esecuzione di un provvedimento sfavorevole per l'interessato. Peraltro, la medesima disposizione attribuisce al giudice che ha adottato il provvedimento, poi oggetto di ricorso, il potere discrezionale di disporre diversamente (art. 666 comma 7 c.p.p., che riproduce quanto stabilito a sua volta dall'art. 631 comma 2 c.p.p. 1930), laddove, nel caso concreto, tema il rischio di pregiudizi per il condannato. In tale ultima evenienza, la forma del provvedimento di sospensione, nel silenzio del codice, può e deve essere individuata in quella del decreto motivato³⁷. In mancanza di una previsione specifica, la giurisprudenza, in aderenza al principio di tassatività delle impugnazioni, è orientata a negare, però, la diretta impugnabilità di tale provvedimento³⁸. In dottrina, tuttavia, si ritiene che debba essere fatta salva almeno la ricorribilità di quel decreto che abbia contenuto abnorme ovvero incida sulla libertà personale, alla luce di quanto

era, invece, la previsione di cui all'art. 620 comma 3 prog. prel. c.p.p. 1978, la cui *ratio* – secondo la relativa Relazione di accompagnamento – era da rinvenire nella « necessità di non far venir meno un punto di riferimento sicuro quale il titolo esecutivo fino a quando le contestazioni che lo coinvolgono non abbiano ricevuto una soluzione definitiva ».

³⁷ La tesi del decreto è sostenuta, tra gli altri, da F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 243; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 220.

³⁸ Cfr. Cass., sez. I, 12 novembre 1996, Cecotto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 858; Cass., sez. I, 2 ottobre 1998, Rosa, *ivi*, 2000, p. 1304, per cui il provvedimento *de quo* non può considerarsi ricorribile neanche sotto il profilo della sua diretta incidenza sulla libertà personale.

disposto dall'art. 568 comma 2 c.p.p. (cfr. art. 111 comma 7 Cost.)³⁹.

Per concludere, la Corte di cassazione può dichiarare il ricorso inammissibile, rigettarlo oppure accoglierlo. In quest'ultima ipotesi, l'ordinanza impugnata può essere annullata senza rinvio ovvero con rinvio, nel qual caso, il giudice di rinvio – che, ai sensi dell'art. 623 comma 1 lett. a c.p.p., è lo stesso che ha pronunciato il provvedimento impugnato – sarà tenuto a uniformarsi al principio di diritto fissato nella sentenza di annullamento⁴⁰.

³⁹ In questo senso, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 243, il quale ricorda, a tal proposito la sentenza costituzionale n. 112 del 1974, nella quale, « pur escludendo[si] che la mancata previsione della impugnabilità del decreto di sospensione [...] fosse in contrasto con gli artt. 3, 13, 24 e 27 della Costituzione, [si] affermava tuttavia la ricorribilità per cassazione del decreto stesso, laddove o avesse un contenuto abnorme [...], oppure costituisse, appunto, decisione incidente sulla libertà personale »; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 221; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 436; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2882; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 178; F.R. DINACCI, *Spunti in tema di impugnabilità del provvedimento sospensivo emesso ai sensi dell'art. 666, comma 7, c.p.p.*, in *Giur. it.*, 1992, p. 405, il quale critica la posizione assunta dalla giurisprudenza prevalente di allora, non trovando alcuna rispondenza nel tessuto normativo, la differenziazione tra incidenza diretta ed incidenza indiretta di un provvedimento giurisdizionale sullo *status libertatis*.

⁴⁰ Per un rilievo critico, circa la regola che fonda la competenza funzionale del giudice del rinvio in capo allo stesso giudice che ha pronunciato l'ordinanza oggetto di annullamento, v. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 186.

3. Il giudicato esecutivo. – All’esito del procedimento d’esecuzione, dunque, il giudice decide con ordinanza. In assenza di precise indicazioni normative, ci si deve domandare se tale provvedimento sia suscettibile – una volta esaurito l’eventuale ricorso per cassazione *ex art.* 666 comma 6 c.p.p. ovvero decorsi i termini per proporlo validamente – di divenire formalmente irrevocabile.

Ai sensi dell’art. 648 c.p.p. – norma che apre il Libro decimo dedicato all’esecuzione – sono provvedimenti irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio, contro cui non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione; quelle verso le quali l’impugnazione è ammessa, quando, però, è inutilmente decorso il termine per proporla o per impugnare l’ordinanza che la dichiara inammissibile; e, ancora, quelle nei cui confronti è stato proposto ricorso per cassazione, dal giorno in cui è pronunciata l’ordinanza o la sentenza che lo dichiara inammissibile o lo rigetta; nonché, infine, il decreto penale di condanna, quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l’ordinanza d’inammissibilità.

La mancata inclusione, nella norma *de qua*, delle ordinanze tra i provvedimenti giudiziari a contenuto decisorio, suscettibili, una volta realizzate le condizioni ivi previste, di divenire irrevocabili⁴¹, invero, non è decisiva.

⁴¹ In dottrina, cfr. F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 68, per il quale « [r]esta [...] abbastanza oscuro [...] il perché l’irrevocabilità, se in effetti deriva, come deriva, dal rapporto tra un provvedimento e le sue originarie o residue possibilità di impugnazione, debba essere qualità esclusivamente riservata [alle sentenze e ai decreti penali], come sembra derivare dal disposto dell’art. 648 c.p.p. Esistono, infatti, numerosi altri provvedimenti, aventi ad esempio la forma dell’ordinanza, per i quali è prevista l’impugnazione. Basta pensare [...] ai

Nella stessa Relazione prog. prel. c.p.p. 1988, si legge che « il fondamento dell'esecuzione è il titolo esecutivo costituito dal provvedimento irrevocabile, intendendosi per “provvedimento” ogni atto dell'autorità giudiziaria ordinaria (sentenza, ordinanza, decreto) che non sia più soggetto ad impugnazione ed abbia conseguito il carattere della definitività »⁴². E, infatti, secondo un orientamento costante, in giurisprudenza, « quando il provvedimento del giudice emesso in forma di ordinanza non decide su questioni contingenti o temporanee, sia di forma che di sostanza, ma statuisce su determinate situazioni giuridiche con carattere di definitività ed è soggetto ad impugnazione, il provvedimento stesso deve ritenersi irrevocabile una volta che sia decorso il termine per l'impugnazione o questa sia stata respinta »⁴³. A ciò, si aggiunga pure che sempre all'interno del Libro decimo del codice di rito, in particolare, negli art. 682 comma 2 e 683 comma 3 c.p.p. – dettati in materia di liberazione condizionale e riabilitazione –, si fa espresso riferimento

provvedimenti assunti nel corso dell'esecuzione e in sede di giurisdizione esecutiva, sia dal giudice dell'esecuzione che dalla magistratura di sorveglianza »; . L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 492 ss.; cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 290.

⁴² Relazione prog. prel. c.p.p. 1988, leggibile in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1376.

⁴³ Così Cass., sez. I, 21 ottobre 1993, Sessa, in CED, n. 196317; conf. Cass., sez. I, 22 settembre 1993, Radice, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3035; Cass., sez. I, 23 maggio 1990, Reccia, in CED, n. 184698; Cass., sez. I, 22 febbraio 1994, Fidanzati, *ivi*, n. 196542; di recente, anche Cass., sez. V, 24 febbraio 2010, Tantucci, *ivi*, n. 246959.

all'irrevocabilità del provvedimento di rigetto emesso all'esito del procedimento di sorveglianza, le cui forme, in base al combinato disposto di cui agli art. 678 e 666 c.p.p., sono, del resto, quelle del rito d'esecuzione⁴⁴.

Peraltro, con riferimento ai provvedimenti decisori emessi nell'ambito della giurisdizione esecutiva, « l'irrevocabilità [...] non impedisce, come per le sentenze e i decreti penali, che il giudizio venga nuovamente effettuato nelle medesime forme, ma segna soltanto, da un lato, la necessità che la richiesta di ulteriore giudizio non costituisca una riproposizione della richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi. Dall'altro, la impossibilità che tale nuovo giudizio si svolga nelle forme della impugnazione, potendo la richiesta essere ripetuta, nei termini suddetti, soltanto al medesimo giudice »⁴⁵.

Le ordinanze emesse dal giudice dell'esecuzione a conclusione del procedimento *ex art. 666 c.p.p.*, pertanto, devono considerarsi suscettibili di diventare formalmente irrevocabili⁴⁶, anche se si tratta, in questo caso, di

⁴⁴ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 238; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 105, nota 180; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 495; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 463.

⁴⁵ *Ad litteram*, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 236; cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. I, 5 aprile 1996, De Fazio, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1418; Cass., sez. I, 21 ottobre 1993, Sessa, cit., la quale ribadisce, a sua volta, come « eventuali elementi nuovi che incidano su una situazione esecutiva in atto possono essere solo condizione per un nuovo incidente d'esecuzione ».

⁴⁶ Si badi, inoltre, che l'esecutività delle ordinanze decisorie emesse in sede di procedimento d'esecuzione è svincolata dall'intervenuta irrevocabilità delle stesse (l'art. 650 comma 2

un'irrevocabilità⁴⁷, per così dire, “allo stato degli atti”. L'efficacia preclusiva del provvedimento decisorio, infatti, non è assoluta, poiché la medesima decisione assunta dal suddetto giudice è pur sempre suscettibile di essere rivisitata sulla base di “nuovi” elementi, che possono sempre intervenire durante l'intero corso dell'esecuzione della pena⁴⁸ (si pensi all'ipotesi di richiesta *ex art. 671 c.p.p.*, in tema di continuazione). Ciò trova indiretta conferma nella disposizione di cui all'art. 666 comma 2 c.p.p.⁴⁹, la quale, prevedendo come causa

c.p.p. dispone che le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando non sono più soggette a impugnazione). Ai sensi dell'art. 666 comma 7 c.p.p., il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, salvo che il giudice che l'ha emessa non disponga diversamente.

⁴⁷ Parte della giurisprudenza (tra le altre, v. Cass., sez. I, 22 aprile 1997, Fasoli, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 255; Cass., sez. I, 5 aprile 1996, De Fazio, cit.; Cass., sez. I, 1° febbraio 1993, Chianetta, in CED., n. 196861; Cass., sez. I, 6 dicembre 1978, De Rosa, in *Cass. pen.*, 1980, p. 550) e della dottrina (ad es., A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 197-198; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 217 ss.; A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., p. 275 ss.) non ritengono corretto parlare d'irrevocabilità con riferimento alle ordinanze decisorie adottate dal giudice dell'esecuzione (e dalla magistratura di sorveglianza).

⁴⁸ In merito, per tutti, v. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 436; ID., sub art. 666 c.p.p., cit., p. 2882.

⁴⁹ Tale norma, pur specificamente riferita ai provvedimenti di rigetto per inammissibilità, deve essere intesa quale estrinsecazione del generale divieto di *bis in idem*. Sul punto, cfr., anche se in materia di procedimento di sorveglianza, Cass., 14 ottobre 2008, Calandrucchio, in CED, n. 242193, secondo cui « [i]l principio del “*ne bis in idem*” sancito dall'art. 649 [c.p.p.] è

d'inammissibilità – oltre alla manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge – la mera riproposizione della richiesta basata sui medesimi elementi, ammette, implicitamente, la proponibilità dell'istanza che, pur se riferita al medesimo *petitum*, sia basata su elementi diversi⁵⁰. A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito come debbano considerarsi diversi e, dunque, nuovi, non soltanto gli elementi sopravvenuti, ma anche quelli preesistenti, dei quali il giudice non abbia tenuto conto ai fini della precedente decisione⁵¹.

operante, oltre che nel procedimento di cognizione, anche per le ordinanze emesse dalla magistratura di sorveglianza »; Cass., sez. I, 1° dicembre 1999, Bauleo, *ivi*, n. 215230; Cass., sez. I, 11 febbraio 1995, Benso, *ivi*, n. 200250.

⁵⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 14 ottobre 1991, Franceschini, *cit.*, p. 94; in questo senso, in dottrina, F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, *cit.*, p. 237; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, *cit.*, p. 436 ss.

⁵¹ *Ex multis*, Cass., sez. III, 30 settembre 2004, Iannotta, *Cass. pen.*, 2006, p. 2604; Cass., sez. III, 5 dicembre 2003, Prestianni, *ivi*, 2005, p. 110; Cass., sez. V, 20 ottobre 1993, Colecchia, *ivi*, 1995, p. 1279; inoltre, Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in CED, n. 246651, per la quale « il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta [...] in precedenza rigettata ». La precisazione circa l'effetto preclusivo allo stato degli atti del giudicato esecutivo è ancora più importante con specifico riferimento alla giurisdizione di sorveglianza, poiché nell'esercizio della peculiare funzione che la caratterizza, essa è chiamata a prendere decisioni in riferimento a situazioni “soggettive” suscettibili di evoluzione nel tempo. Proprio in considerazione di ciò, il giudicato che copre le decisioni della magistratura di sorveglianza si atteggia a “giudicato aperto”.

Come per le sentenze, anche con riferimento ai provvedimenti emessi dal giudice dell'esecuzione nei confronti dello stesso soggetto, è ipotizzabile, infine, il conflitto c.d. "pratico" di giudicati. Per la sua risoluzione, deve ritenersi applicabile, quale norma di carattere generale, l'art. 669 c.p.p. Tale disposizione, infatti, detta le regole che il giudice dell'esecuzione è tenuto a osservare – in applicazione del generale principio del *favor rei* – in caso di pluralità di sentenze per il medesimo fatto, emesse contro la stessa persona, ma inconciliabili tra loro⁵².

⁵² In questo senso, in dottrina, *ex multis*, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 107-108. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 26 giugno 2008, Casparro, in CED, n. 240482 (relativa ad un caso in cui, in presenza di due ordinanze di applicazione della continuazione *in executivis*, concernenti i medesimi fatti e lo stesso condannato, la Corte di legittimità ha ritenuto corretto il provvedimento con cui era stata disposta l'esecuzione di quella più favorevole); conf. Cass., sez. I, 30 novembre 2010, Attanasio, *ivi*, n. 248992; Cass., sez. I, 3 febbraio 2009, Fusco, *ivi*, n. 243737; Cass., sez. I, 5 luglio 2005, Celli, *ivi*, n. 231932; Cass., sez. I, 19 aprile 1990, Carraro, *ivi*, n.184211.

CAPITOLO 6

IL PROCEDIMENTO A CONTRADDITTORIO EVENTUALE E DIFFERITO: IL RITO “*DE PLANO*”

SOMMARIO: 1. Il rito “*de plano*”. – 2. Spazi operativi. – 3. La procedura semplificata: il provvedimento reso *inaudita altera parte*. – 4. Il recupero del contraddittorio: l’opposizione avverso l’ordinanza *de plano*.

1. Il rito “*de plano*”. – Accanto al procedimento camerale disciplinato dall’art. 666 c.p.p., il legislatore del 1988 ha previsto uno schema d’intervento del giudice dell’esecuzione a contraddittorio eventuale e differito, che si affianca al primo per soddisfare esigenze di economia e di celerità processuale, laddove siano in gioco questioni, per le quali – come si avrà modo di chiarire tra breve – non sono sorgono vere e proprie “controversie” sul titolo esecutivo. Anzi, la *ratio* della procedura *de qua*, le cui cadenze sono regolate dall’art. 667 comma 4 c.p.p.¹, a tenore del quale « il giudice dell’esecuzione provvede [...] senza formalità con ordinanza [...] » – è rinvenibile proprio nell’esigenza di assicurare all’istante una decisione rapida

¹ ... comma così sostituito dall’art. 28 d.l. 14 gennaio 1991 n. 12, recante le « disposizioni integrative e correttive della disciplina processuale penale e delle norme ad essa collegate ».

su questioni che potrebbero incidere negativamente sul suo *status libertatis*.

2. Spazi operativi – *Ab origine*, i casi cui era richiesto al giudice di decidere con rito *de plano* erano solo quelli previsti agli art. 667 e 672 c.p.p., rispettivamente dettate in tema di dubbio sull'identità fisica della persona detenuta e di applicazione dell'ammnistia e dell'indulto. A seguito dell'intervenuta opera di razionalizzazione posta in essere dal d.l. 14 gennaio 1991 n. 12, che ha esteso la sfera d'operatività della procedura *de qua*, rientrano tra le questioni trattabili ai sensi dell'art. 667 comma 4 c.p.p., altresì, le cosiddette "altre competenze", previste dall'art. 676 c.p.p., relative all'estinzione del reato dopo la condanna e della pena, quando la stessa non consegua alla liberazione condizionale o all'affidamento in prova al servizio sociale, nonché alle questioni in punto di pene accessorie, confisca e restituzione delle cose sequestrate. Un ulteriore ampliamento dei casi in cui il giudice dell'esecuzione è chiamato a procedere *de plano* si è avuto, in seguito, con l'art. 101 d.l. 30 dicembre 1999 n. 507, in materia di depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio²; e ancora, con la legge 8 giugno 2001 n. 231, in materia di procedimento per responsabilità

² ... il quale stabilisce, infatti, che « se i procedimenti penali per violazioni depenalizzate dal presente decreto legislativo sono stati definiti, prima della sua entrata in vigore, con sentenza di condanna o decreto irrevocabili, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto, salvo quanto previsto dai commi 2 e 3, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Il giudice dell'esecuzione provvede con l'osservanza della disposizione dell'art. 667, comma 4, c.p.p. ».

degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, agli art. 74 comma 2 lett. *b* e *d* – riferite, rispettivamente, alla cessazione dell'esecuzione nei casi di estinzione del reato per amnistia, alla confisca e alla restituzione delle cose sequestrate – e 79 comma 3 – sulla confisca del profitto –³.

È bene chiarire subito, che al procedimento *ex art.* 667 comma 4 c.p.p., proprio in considerazione della sua scarsa potenzialità dialettica, è possibile ricorrere, per il giudice, nei soli casi individuati tassativamente *per tabulas* e, pertanto, non è suscettibile di estensione in via analogica. Non è in discussione, quindi, che, ove la legge non preveda espressamente il ricorso al rito *de plano*, si deve sì deve fare luogo al procedimento garantito di cui all'art. 666 c.p.p.⁴.

³ ... sul versante penitenziario, anche il magistrato e il tribunale di sorveglianza, nell'esercizio delle rispettive competenze, fanno ricorso alla procedura *de plano* nell'ipotesi di cui all'art. 678 comma 1 ultima parte c.p.p., ovvero nel caso in cui vi sia fondato motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona.

⁴ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 332; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 113; T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 1998, p. 1030; A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, p. 199; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 264; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 437; D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 187; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 244,

Subito dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., la dottrina si è interrogata sulla compatibilità della procedura in esame col secondo comma della medesima norma costituzionale, stante l'evidente *deficit* di garanzie che essa mostra sotto l'aspetto del contraddittorio. In realtà, volgendo l'attenzione alla precipua *ratio* sottesa al rito *de plano* – vale a dire la già sottolineata esigenza di garantire la libertà personale (art. 13 Cost.), in quanto valore parimenti tutelato a livello costituzionale – può comprendersi come il legislatore tecnico abbia cercato, in realtà, un contemperamento degli interessi in gioco. La natura delle questioni trattate tramite questa procedura, infatti, richiede, nell'interesse del condannato, una decisione in tempi rapidi. Si pensi – per fare solo un esempio – all'applicazione dell'amnistia e dell'indulto (art. 672 c.p.p.), per la quale il ricorso al rito *de quo*, stante l'elevato numero di procedure attivate a seguito di tali provvedimenti, risponde all'esigenza di consentire la tempestiva scarcerazione dei soggetti interessati.

In ogni caso, il diritto al contraddittorio è salvaguardato mediante la previsione della possibilità, per le parti, di proporre, in un secondo momento, opposizione dinnanzi allo stesso giudice della decisione resa “senza formalità”: esso è soltanto posticipato a una fase successiva, seppure eventuale, « in cui, a seguito

ad avviso del quale, nelle ipotesi per le quali è applicabile la procedura *de plano* rientrerebbe anche quella di cui all'art. 668 c.p.p.; nello stesso senso, S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, Milano, 2001, p. 83. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., sez. I, 18 febbraio 2009, Mastrillo, in CED, n. 242894; Cass., sez. I, 17 gennaio 1994, Ierinò, in *Cass. pen.*, 1995, p. 309; Cass., sez. I, 15 marzo 1994, Rasa, *ivi*, 1995, p. 1276; Cass., sez. I, 13 novembre 1992, Plebani, *ivi*, p. 2125.

dell'opposizione presentata da parte del pubblico ministero, dell'interessato o del difensore, vengono per così dire “restaurate” le garanzie giurisdizionali – in precedenza temporaneamente compresse – nelle espressioni articolate previste per il procedimento di esecuzione tipico dell'art. 666 c.p.p. »⁵. Ed è proprio tale facoltà a garantire la tenuta della disciplina sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali del “giusto processo”⁶.

3. La procedura semplificata: il provvedimento reso *inaudita altera parte* – Si è in presenza, quindi, di un procedimento strutturato in due fasi: nella prima, il giudice decide “senza formalità”, emettendo un'ordinanza motivata⁷.

Come il procedimento tipico di cui all'art. 666 c.p.p., anche la procedura *ex art. 667 comma 4 c.p.p.*, è attivabile solo su richiesta di parte⁸. La disposizione di cui all'art. 676 comma 3 c.p.p. – nelle cui materie, il giudice dell'esecuzione è chiamato a procedere *de plano* – solo apparentemente prevede una deroga al principio *ne procedat iudex ex officio*, nella parte in cui dispone che il giudice, quando accerta l'estinzione del reato o della pena, « la dichiara anche d'ufficio »⁹. A tal proposito, invero, la

⁵ Così S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 262.

⁶ Cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 188.

⁷ ... la doverosità della motivazione discende dall'applicazione del generale principio di cui all'art. 125 c.p.p.

⁸ Sul punto, v., *retro*, cap. 2, § 2.

⁹ ... si pensi al caso in cui all'estinzione del reato o della pena consegua la scarcerazione dell'interessato.

dottrina prevalente ha chiarito come si sia in presenza, piuttosto, di una forma di procedibilità officiosa “provocata” o “indotta”: « il giudice è legittimato, infatti, a provvedere in tal senso anche in assenza di una specifica richiesta di parte, ma solo qualora venga a conoscenza di tali situazioni o nel corso del procedimento di esecuzione o a seguito di una informazione, a lui pervenuta dalle parti, circa l’esistenza di tali situazioni e la conseguente necessità di provvedere »¹⁰.

Alla luce di quanto sopra, non appare condivisibile, pertanto, quell’indirizzo della giurisprudenza di legittimità, sebbene maggioritario, che ammette il potere del giudice dell’esecuzione di avviare *motu proprio* il rito nelle ipotesi di applicazione dell’amnistia e dell’indulto ai sensi dell’art. 672 comma 1 c.p.p., fondandolo sul presupposto che « tale norma prevede l’applicazione [dei predetti benefici] da parte del giudice dell’esecuzione “senza formalità” »¹¹.

¹⁰ *Ad litteram*, F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 201; sul punto, cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 276; cfr. anche D. VIGONI, *I procedimenti dell’esecuzione penale*, cit., p. 191. In giurisprudenza, inoltre, si tende a escludere l’avvio *ex officio iudicis* nelle ipotesi di cui all’art. 676 comma 3 c.p.p. (per tutte, v. Cass., sez. I, 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, cit.).

¹¹ Così, Cass., sez. I, 13 novembre 2007, Barbato, in CED, n. 238691. Secondo la Corte, l’art. 672 comma 4 c.p.p. richiederebbe la formale richiesta del condannato solo nel caso in cui l’esecuzione della pena fosse già conclusa, avendo questi, in tal caso, un interesse meramente morale a ottenere il beneficio dell’amnistia e dell’indulto. Piuttosto, può ritenersi che con tale ultima previsione il legislatore abbia voluto « normativamente consacrare il già affermato principio secondo cui è possibile l’applicazione dell’indulto ad una pena già integralmente espiata »

4. Il recupero del contraddittorio: l'opposizione avverso l'ordinanza *de plano*. – Avverso il provvedimento emesso *inaudita altera parte*, il pubblico ministero, l'interessato e il suo difensore¹² possono proporre opposizione avanti allo stesso giudice che lo ha deliberato. Incidentalmente, si deve rimarcare come la circostanza che la procedura d'opposizione si svolga avanti al giudice che ha precedentemente deciso sulla medesima questione *de plano* sollevi, però, forti perplessità circa il pieno rispetto, nell'ambito della procedura, del principio d'imparzialità del giudice¹³.

(Cass., sez. I, 24 giugno 1996, Nardecchia, *ivi*, n. 205693), sempre che sussista, però, un interesse – concreto (come, ad esempio, il computo del presofferto) o morale – del beneficiante (Cass., sez. I, 9 marzo 1992, Riva, *ivi*, n. 191161).

¹² Per il difensore, il termine per l'opposizione decorre dal momento della notificazione all'interessato, non essendo prevista, nei suoi confronti, la notificazione del provvedimento emesso *de plano* (cfr. Cass., sez. II, 17 novembre 2000, Occhipinti, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1092).

¹³ Sul punto, valgono le considerazioni espresse nel cap. 1, § 9; in dottrina, per tutti, cfr. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 437; *contra*, D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 195, secondo la quale, invece, proprio « la constatazione che l'atto oppositivo costituisca elemento strutturale di un modello "a due tempi", e sia da intendersi quale "semplice rimostranza rivolta al giudice per sollecitare una revisione della sua decisione con il contributo dialettico delle parti", dovrebbe invece indurre ad escludere la rilevanza di obiezioni legate all'inosservanza della terzietà/imparzialità dell'organo giudicante, posto che la (iniziale) compressione di garanzie e diritti inerenti alla giurisdizione è compensata da un tempestivo esito, suscettibile di (successiva) revisione davanti allo stesso giudice ».

Ad ogni modo, l'opposizione si svolge all'interno di una seconda fase, che – come detto – prevede l'instaurazione del contraddittorio, svolgendosi con le forme previste per il procedimento d'esecuzione. La giurisprudenza ritiene, peraltro, che nelle materie in cui è richiesto, per legge, il rito sommario, il giudice procedente possa adottare *ab initio* direttamente il procedimento di cui all'art. 666 c.p.p.¹⁴. È facile intuirne le ragioni: lo svolgimento della procedura tipica assicura all'interessato, anticipandole fin da subito, le più ampie garanzie difensive, che sarebbero altrimenti introdotte solo a seguito dell'eventuale opposizione¹⁵. La mancata adozione della fase preliminare *de plano*, prima dell'eventuale svolgimento dell'ordinaria procedura camerale a seguito di opposizione, non può ritenersi conseguentemente produttiva di nullità alcuna, inoltre « non essendo ciò previsto dalla legge e dovendo, perciò, ritenersi operante il principio di tassatività della nullità enunciato dall'art. 177 [c.p.p.] »¹⁶.

Ciò detto, ci si deve domandare se avverso il provvedimento emesso all'esito della procedura ordinaria,

¹⁴ Cfr. Cass., sez. VI, 25 ottobre 2007, Polymec S.r.l., in CED, n. 238157; Cass., sez. III, 22 giugno 1995, Di Rosa, *ivi*, n. 202528.

¹⁵ Per le ragioni opposte, è, invece, causa di nullità assoluta, il ricorso, da parte del giudice dell'esecuzione, alla procedura *de plano* nelle materie per le quali, al contrario, si deve procedere a norma dell'art. 666 c.p.p.

¹⁶ « [...] Non sono infatti, configurabili le nullità di ordine generale di cui all'art. 178 [c.p.p.], poiché le garanzie di contraddittorio e di difesa sono estranee nella fase preliminare “*de plano*” e trovano attuazione solo nel procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 666 [c.p.p.] »: in questi termini, Cass., sez. III, 22 giugno 1995, Di Rosa, *cit.*

utilizzata dal giudice in luogo di quella semplificata, l'interessato debba esperire l'opposizione avanti allo stesso giudice dell'esecuzione, secondo quanto prevede l'art. 667 comma 4 c.p.p., oppure egli sia ammesso a ricorrere subito per cassazione. L'orientamento giurisprudenziale prevalente propende per la prima soluzione. Per cui, qualora avverso l'ordinanza emessa all'esito del procedimento tipico venga proposto, erroneamente, ricorso per cassazione, quest'ultimo dovrebbe essere riqualificato, in questa stessa sede, quale atto di opposizione, in aderenza al principio della conversione *ope legis* dei mezzi d'impugnazione contenuto nell'art. 568 c.p.p.¹⁷. secondo questa impostazione, l'eventuale errore nella qualificazione della procedura mediante la quale sottoporre ad esame il provvedimento e, quindi, anche nell'individuazione del giudice competente non produrrebbe, dunque, alcuna conseguenza sull'ammissibilità dell'opposizione. La Corte di legittimità adita erroneamente dovrebbe disporre, infatti, la trasmissione degli atti al giudice dell'esecuzione perché questi proceda secondo il normale corso, che prevede, appunto, l'instaurazione del giudizio d'opposizione¹⁸.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. I, 28 marzo 2006, Cosmai, in CED, n. 233945; Cass., sez. un., 28 novembre 2001, Caspar, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1626.

¹⁸ Per tutte, ancora di recente, Cass., sez. VI, 22 settembre 2010, Mafrica, in CED, n. 248633; conf. Cass., sez. III, 20 gennaio 2004, Mariano, in *Riv. pen.*, 2005, p. 620; *contra*, tuttavia, Cass., sez. II, 11 maggio 2004, Tomasoni, in CED, n. 230368, in materia di restituzione delle cose sottoposte a confisca, per la quale « non è ricorribile per cassazione il provvedimento emesso “*de plano*” dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 667, comma [4 c.p.p.], atteso che avverso tale provvedimento è consentito unicamente proporre opposizione dinanzi allo stesso giudice che lo ha emesso.

L'opposto orientamento – più condivisibile, in quanto volto a evitare un'inutile duplicazione della procedura "garantita", la quale finirebbe soltanto per avere effetti negativi sull'economia e la celerità processuale – ammette, al contrario, la possibilità, per la parte, di proporre direttamente ricorso per cassazione avverso il provvedimento dato con le forme di cui all'art. 666 c.p.p., evidenziando come « la procedura immediatamente adottata, pur non rispettosa dell'art. 667 [c.p.p.], pon[ga] in essere un'anticipata garanzia del contraddittorio [...] »¹⁹. Per di più, l'opposizione non ha natura d'impugnazione: si tratta, invece, di un'istanza diretta al medesimo giudice, volta ad instaurare un regolare contraddittorio tra le parti ed ottenere così una decisione più meditata, frutto del dibattito dialettico e, quindi, che tenga conto di ogni profilo valutabile²⁰.

Ne consegue che, qualora il ricorso sia stato proposto, esso va dichiarato inammissibile in quanto non può trovare applicazione il principio della conversione dell'impugnazione indicato nell'art. 568 comma [5 c.p.p.], non avendo natura di impugnazione l'opposizione in sede di esecuzione »; conf. Cass., sez. II, 14 novembre 2003, Sangiorgio, in *Cass. pen.*, 2005, p. 112.

¹⁹ Cass., sez. I, 2 dicembre 1996, Di Giannantonio, in CED, n. 206349; conf. Cass., sez. VI, 25 ottobre 2007, Polmec S.r.l., cit.

²⁰ Così Cass., sez. un., 28 novembre 2001, Caspar, cit.; in dottrina, cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 201 ss., ad avviso dei quali « con l'opposizione si persegue la riparazione di possibili errori della decisione opposta mediante il controllo dell'operato del giudice precedente, il cui giudizio viene integralmente rinnovato. [...] [D]ire che l'opponente mira alla rinnovazione integrale di un'operazione decisoria già compiuta, significa ritenere che il giudice dell'opposizione debba conoscere la medesima controversia decisa dal giudice *a quo*; vuol dire concepire il giudizio d'opposizione quale *novum iudicium* e non

Dalla natura non impugnatoria, discende altresì la non necessità di prospettare nell'atto specifici motivi, anche in considerazione del fatto che « la devoluzione, per quanto ampia, della cognizione alla fase partecipata non può che riguardare il medesimo “*thema decidendum*” oggetto del provvedimento “*de plano*” »²¹. È sufficiente, pertanto, che l'atto oppositivo indichi gli estremi del provvedimento oggetto d'esame, la data dello stesso e il giudice che lo ha emesso, sulla scia di quanto prevede l'art. 461 c.p.p., in materia di opposizione al decreto penale di condanna. Esso va proposto, per iscritto, entro i quindici giorni dall'ordinanza emessa *de plano*, a pena di decadenza, mediante deposito nella cancelleria del giudice che ha assunto la decisione censurata, ai sensi dell'art. 121 c.p.p.²²; nel caso l'interessato sia detenuto, vale quanto previsto all'art. 123 c.p.p., ossia la presentazione dell'atto di opposizione al direttore dell'istituto. Decorso tale termine, l'ordinanza diviene “irrevocabile”²³. Manca,

quale fase deputata all'esame della fondatezza della censura dedotta: gravame e non azione d'impugnativa»; v., inoltre, D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 195.

²¹ Così Cass., sez. I, 6 dicembre 2008, Caprioli, in CED, n. 242077

²² Cass., sez. un., 28 novembre 2001, Caspar, cit., che nella specie aveva dichiarato inammissibile l'opposizione presentata, nei termini, nella cancelleria del giudice del diverso luogo in cui si trovava l'interessato, non ritenendo applicabili le diverse disposizioni di cui agli art. 582 e 583 c.p.p.

²³ In questo senso, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 246, per il quale, appunto, « trascorso il termine suddetto, l'ordinanza assume i caratteri della definitività; diviene cioè irrevocabile, non essendo più consentito non solo che intervenga, sul punto, una decisione del giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'art. 666 c.p.p., ma neppure riproporre la medesima

invece, un qualsiasi riferimento al termine per la comunicazione, la notificazione e il deposito dell'ordinanza emessa *de plano*. La lacuna suscita forti perplessità, in quanto espropria di fatto l'interessato del suo diritto a contrastare, per tempo, un'eventuale decisione giudiziale negativa emessa in prima battuta; infatti, è solo a partire dal momento in cui il provvedimento perviene alla conoscenza delle parti, che inizia a decorrere il termine per proporre opposizione, con conseguenze facilmente intuibili sullo *status libertatis*. Inoltre, è solo attraverso il deposito che si realizza la conoscenza diretta del contenuto del provvedimento, quale condizione determinante per l'apprestamento una valida linea difensiva, al fine di ottenere una diversa e più favorevole decisione.

Onde colmare tali gravi lacune, con riferimento alla comunicazione e alla notificazione dell'ordinanza può farsi ricorso all'applicazione estensiva di quanto previsto dagli art. 127 comma 7 e 666 comma 6 c.p.p., ossia, che le

richiesta, fondata sugli stessi elementi, ai fini di una ulteriore decisione *de plano*. [...] [S]e così non fosse, la previsione di un termine di decadenza sarebbe totalmente priva di significato »; cfr. S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 273, il quale ritiene che l'ordinanza terminativa del procedimento non sia suscettibile di divenire irrevocabile e, quindi, di passare in giudicato. L'A. ritiene che tale provvedimento « sia inquadrabile, più correttamente, tra i provvedimenti *rebus sic stantibus*, in ragione della naturale provvisorietà della statuizione in esso contenuta collegata alla mutevolezza dell'oggetto, suscettibile di riconsiderazione ogni qual volta siano mutati i presupposti su cui la decisione è stata resa »; O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 437. In merito, v., *supra*, cap. 5, § 3.

suddette incombenze debbano essere effettuate “senza ritardo”. Si badi, tuttavia, che l’art. 667 comma 4 c.p.p. non prevede tra i destinatari della notifica il difensore²⁴, al quale, peraltro, è riconosciuta *per tabulas* la facoltà di promuovere il giudizio d’opposizione. In ordine al deposito, invece, viene in soccorso, in quanto compatibile, il termine di cinque giorni stabilito dall’art. 128 c.p.p. Tale norma, infatti, è suscettibile di applicazione anche al rito d’esecuzione, in virtù dell’avvenuta giurisdizionalizzazione della fase esecutiva²⁵.

Tali rimedi, però, rischiano di essere illusori in mancanza della nomina di un legale di fiducia. Atteso che la designazione di un difensore d’ufficio potrà avvenire, infatti, solo a seguito della fissazione dell’udienza camerale²⁶, l’interessato che non abbia presentato egli stesso l’atto oppositivo, perde definitivamente la possibilità di ottenere una modificazione della decisione che ha inciso negativamente sulla sua condizione, non potendo contare sulla possibilità della presentazione dell’opposizione da parte del difensore.

²⁴ Cfr. Cass., sez. II, 17 novembre 2000, Occhipinti, cit., per la quale, comunque, qualora il provvedimento sia stato notificato anche al difensore, il termine per l’opposizione di quest’ultimo non decorre dal momento di tale notificazione, ma da quello in cui essa è stata eseguita nei confronti dell’interessato.

²⁵ Cfr., tra gli altri, O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, cit., p. 436 ; D. VIGONI, *I procedimenti dell’esecuzione penale*, cit., p. 191.

²⁶ Cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell’esecuzione penale*, cit., p. 194; v., però, F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., p. 245, secondo il quale « tale omessa previsione è del tutto giustificabile se si pensa che l’opposizione, non necessitante alcuna esplicitazione di motivi, è di per se stessa sufficiente a far iniziare un procedimento di esecuzione *ex art.* 666 c.p.p. ».

Resta da dire, per concludere, che l'art. 667 comma 4 c.p.p. non prevede, in modo espresso, la revoca da parte del giudice – nel giudizio conseguente all'opposizione – dell'ordinanza opposta, a differenza di quanto dispongono gli art. 464 comma 3 c.p.p., in materia di procedimento per decreto, e 32-*bis* comma 4 d.p.r. n. 448 del 1988, in tema di processo penale a carico di minorenni. Nel silenzio della norma, parte della dottrina propende opportunamente per la sussistenza dell'obbligo, per il giudice, di revocare il provvedimento gravato, posto che « effetto subitaneo del gravame è la revoca dell'ordinanza opposta »²⁷. Contro l'ordinanza emessa all'esito dell'opposizione è, a sua volta, proponibile ricorso per cassazione.

²⁷ A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 202; cfr. D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, cit., p. 197, la quale propende per una revoca implicita dell'ordinanza opposta.

BIBLIOGRAFIA

- U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, IV, *Dell'esecuzione e dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, Milano, 1943;
- E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 170 ss.;
- E. APRILE, *Sulle conseguenze dell'omessa traduzione del decreto di citazione a giudizio dell'imputato alloglotta*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3916 ss.;
- M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 169 ss.;
- V. BAROSIO, *Le origini dell'incidente di esecuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1331 ss.;
- ID., voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, p. 489 ss.;
- S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2008, p. 291 ss.;
- ID., *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 190 ss.;
- V. BAZZOCCHI, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto*

all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 1042 ss.;

G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1965;

S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 919 ss.;

A. BERNASCONI, *Le modifiche della fase esecutiva tra rigorismo e razionalizzazione: la "nuova" veste dell'art. 656 c.p.p.*, in AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di M. Bargis, Torino, 2001, p. 175 ss.;

ID., *Poteri del pubblico ministero in sede esecutiva, controllo giurisdizionale e ripartizione delle competenze*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 459 ss.;

F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 265 ss.;

M. BUONAMANO, *La riforma penitenziaria al Parlamento, Osservazioni e indicazioni*, in *Rass. st. penit.*, 1973, p. 173 ss.;

S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, 2004, p. 342 ss.;

EAD., *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000;

F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009;

- P. CAMASSA, *Il processo bifase per una giustizia moderna*, in *Riv. pen.*, 1970, p. 640 ss.;
- M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010;
- F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009;
- L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007;
- P. CARETTI, *Diritto di difesa e misure di sicurezza post delictum*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 820 ss.;
- F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960;
- ID., *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 3 ss.;
- ID., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946;
- A. CASELLI LAPESCHI, *Il deposito della documentazione concernente gli atti di indagine ex art. 419 comma 3 c.p.p.: primo, non del tutto soddisfacente, intervento della Consulta sul tema delle indagini suppletive*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2357 ss.;
- R. CASIRAGHI, *Assenza dell'imputato detenuto al giudizio abbreviato d'appello ed equità processuale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2213 ss.;
- F. CASSIBBA, *Le modifiche al d.p.R. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza - F. Viganò, Torino, 2008, p. 401 ss.;

- G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2003;
- ID., voce *Incidente di esecuzione*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 331 ss.;
- V. CAVALLARI, *La nuova disciplina dell'esecuzione penale*, in *Legisl. pen.*, 1990, p. 685 ss.;
- ID., *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Padova, 1976, p. 44 ss.;
- M. CECCHETTI, voce *Giusto processo*, a) *diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, p. 595 ss.;
- A. CERRI, voce *Libertà personale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1991, p. 1 ss.;
- M. CHERIF BASSIOUNI, *Lineamenti del processo penale*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio - M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. 47 ss.;
- M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 2001, p. 1 ss.;
- ID., *La riforma del processo penale*, Torino, 1988;
- ID., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984;
- ID., *Obbligo di nomina del difensore d'ufficio e divieto di esclusiva autodifesa nel procedimento incidentale d'esecuzione: un binomio davvero inscindibile?*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 974 ss.;
- M. CIAPPI, *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 453 ss.;

- P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, p. 571 ss.;
- EAD., *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, 2000, p. 105 ss.;
- EAD. - A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989;
- EAD., *La riforma penitenziaria: una risposta ad alcuni problemi irrisolti*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 472 ss.;
- A. CONFALONIERI, "Naturalità" e "competenza" del giudice dell'esecuzione, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2061 ss.;
- B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2008, p. 581 ss.;
- G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006;
- ID. - V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996;
- ID., *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 3 ss.;
- ID., *L'iter della legge n. 81 del 1987*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, II, Dal progetto preliminare del 1978 alla legge delega del 1987*, Padova, 1989, p. 3 ss.;
- ID., *L'iter della specifica delega concernente l'emanazione del nuovo codice*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura*

- penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, III, Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice, Padova, 1990, p. 3 ss.;*
- ID., *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi, in Riv. it. dir. proc. pen., 1968, p. 706 ss.;*
- ID., *Questioni nuove di procedura penale, Milano, 1959;*
- ID., *I fatti giuridici processuali penali, Milano, 1955;*
- C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?, in Dir. pen. proc., 2000, p. 79 ss.;*
- EAD., voce *Giusto processo, in Enc. dir., Agg., V, Milano, 2002, p. 627 ss.;*
- G. CONTI, *Forme di documentazione, forme di verbalizzazione e strumenti di documentazione: alcune precisazioni a margine di una sentenza della Corte costituzionale, in Cass. pen., 1991, p. 87 ss.;*
- R. CONTI, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo, in Corr. giur., 2008, p. 205 ss.;*
- S. CORBETTA, sub art. 507 c.p.p., in AA.VV., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Milano, 2007, p. 6467;
- F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale, Torino, 2003;*
- ID., *L'esecuzione nel processo penale, Torino, 1992;*

- ID., voce *Esecuzione penale*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 286 ss.;
- ID., *Problemi della prova nel procedimento di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 459 ss.;
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006;
- P.M. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in AA.VV., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 1 ss.;
- ID., *La liberazione condizionale dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3528 ss.;
- P. CORVI, *Il problema della pubblicità del procedimento di prevenzione e nei riti camerati alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 969 ss.;
- V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 244 ss.;
- E. D'ANGELO - A. SCAGLIONE, *Gli incidenti di esecuzione nel processo penale, una ricostruzione attraverso la giurisprudenza*, Milano, 1981;
- G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004;
- A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2006;
- G. DE FENU, *L'ordinanza emessa in sede di incidenti di esecuzione e i poteri del difensore*, in *Giust. pen.*, 1964, III, c. 200 ss.;

- A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana, Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005;
- L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006;
- F. DELFINO, *Amministrazione e diritto di difesa*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, Milano, 1972, p. 677 ss.;
- F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale e il progressivo "traghettamento" dell'esecuzione penale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, p. 804 ss.;
- ID., *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 2002, p. 137 ss.;
- ID., *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998;
- T. DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, p. 1049 ss.;
- EAD., *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sent. n. 53 del 1993 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2311 ss.;
- A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952;
- G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2011, p. 269 ss.;

- ID., « Against the administration of justice in secret »: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo - R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 293 ss.;
- ID., *Deposito degli atti e “diritto alla copia”: prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1883 ss.;
- ID., *Il contraddittorio nei riti camerale*, Milano, 1994;
- G. DI GENNARO, *Giudicato penale ed esecuzione flessibile*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 252 ss.;
- ID. - R. BREDA - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997;
- ID., *Il giudice nell’esecuzione penitenziaria*, in *Rass. st. penit.*, 1969, p. 3 ss.;
- F.R. DINACCI, *Spunti in tema di impugnabilità del provvedimento sospensivo emesso ai sensi dell’art. 666, comma 7, c.p.p.*, in *Giur. it.*, 1992, p. 405 ss.;
- L. DIPAOLA, *La rilevanza del legittimo impedimento a comparire del difensore nei procedimenti camerale a partecipazione necessaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3981 ss.;
- P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell’esecuzione penale*, Padova, 2003;
- O. DOMINIONI, *Prevenzione criminale e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 807 ss.;

- E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980;
- ID., *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6; incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, p. 569 ss.;
- E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 199 ss.;
- P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401 ss.;
- G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2001;
- L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011;
- ID. - G. SPANGHER, *Manuale di esecuzione penitenziaria*, Milano, 2003;
- ID., *Legittimo impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 468 ss.;
- ID., *Sull'individuazione del giudice dell'esecuzione secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it.*, 1991, p. 46 ss.;
- F. FIORENTIN, *I procedimenti di sorveglianza*, in ID. – G.G. SANDRELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, 2007, p. 819 ss.;
- C. FIORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di*

- sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3056 ss.;
- G. FLORA, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, L. 10 ottobre 1986, n. 663, Milano, 1987;
- E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939;
- R. FOIS, *Ancora una pronuncia sulla non impugnabilità dell'ordinanza di exequatur della Corte d'appello che dichiara esecutiva una rogatoria internazionale sui limiti di operatività dell'incidente di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2363 ss.;
- G. FORTI, *L'immane concretezza, Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000;
- S. FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 983 ss.;
- S. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1762 ss.;
- A. GAITO - S. FURFARO *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1065 ss.;
- ID., *De profundis annunciato per il rito camerale?*, in *Oss. proc. pen.*, 2007, p. 37 ss.;
- ID., *La "lunga marcia" dell'esecuzione penale (frammenti di giurisprudenza costituzionale)*, in *Scritti per il cinquantenario della Corte costituzionale*, a cura di M. Chiavario, Roma, 2006, p. 950 ss.;

- ID. - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005;
- ID., *Assunzione di perizia nell'incidente d'esecuzione e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1999, p. 126 ss.;
- ID., *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, in *Giur. it.*, 1997, p. 455 ss.;
- ID., *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 892 ss.;
- ID., *Poteri di integrare il merito «post rem iudicatam»*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1317 ss.;
- ID., *Esecuzione*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, 1993, p. 667 ss.;
- ID., *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 2006, p. 925 ss.;
- G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro solo parzialmente definito*, in *Riv. dir. intern.*, 2008, p. 136 ss.;
- R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense*, Torino, 2009;
- M. GARAVELLI, *La camera di consiglio come sede di procedimenti*, in *Riti camerale e speciali*, a cura di M. Chiavario - E. Marzaduri, Torino, 2006;
- S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, Milano, 2001;

- F. GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giust. pen.*, I, 1976, c. 161 ss.;
- G. GIANZI, voce *Incidente di esecuzione*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 17 ss.
- ID., *l'incidente nella esecuzione penale*, Napoli, 1965;
- ID., *Particolari aspetti del diritto di difesa giudiziaria e del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 229 ss.;
- A. GIARDA, *Il sistema delle «fonti» della procedura penale*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 2010, p. XXXVII ss.;
- G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989;
- F. GIUNCHEDI, *I documenti nel procedimento post rem iudicatum*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1575 ss.;
- ID., *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007;
- ID., voce *Giusto processo (profili sovranazionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, Torino, 2005, p. 634 ss.;
- ID., *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 481 ss.;
- G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale, Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983;
- ID., *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1348 ss.;

- F. GRAMATICA, *Nuove visioni del processo penale. Il processo in «due fasi»*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, Milano, 1972, p. 867 ss.;
- V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011;
- ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000;
- ID. - G. NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990, p. 9 ss.;
- ID. - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1988*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 10 ss.;
- ID. - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1978*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 89 ss.;
- ID. - G. NEPPI MODONA, *Introduzione al testo definitivo del codice*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, p. 7 ss.;
- ID., *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.;

- ID., *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti del Convegno di Lecce, Milano, 1977, p. 101 ss.;
- ID., *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 562 ss.;
- ID., *Incidenti di esecuzione e autodifesa del detenuto*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 49 ss.;
- ID., *Misure di sicurezza e diritto di difesa dinanzi al giudice di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 1272 ss.;
- C. GRILLI, *Sulla partecipazione dell'imputato detenuto fuori distretto al procedimento d'appello in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 890 ss.;
- M. GUARDATA, sub art. 666 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 525 ss.;
- G. GUARNIERI, voce *Giudice di sorveglianza*, in *Nss. D. I.*, VII, 1961, p. 873 ss.;
- F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995;
- L. KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 391 ss.;
- ID., *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000;

- R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza 1986-1993*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 539 ss.;
- E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 955 ss.;
- B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004;
- G. LEONE, *Pena e processo, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 3 ss.;
- ID., *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961;
- ID., *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss.;
- S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002;
- ID., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002;
- ID., *In tema di nullità conseguenti all'inosservanza delle disposizioni che regolano il procedimento di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1273 ss.
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008;
- M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 201 ss.;

- A. MACCHIA - P. GAETA, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il “giusto processo”? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2658 ss.;
- A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 17 ss.;
- K. MAMBRUCCHI, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di G. Cerquetti - C. Fiorio, Padova, 2002, p. 291 ss.;
- EAD., *Procedimento di sorveglianza*, in *D. disc. pen.*, Agg., III, 2, Torino, 2005, p. 1112 ss.;
- G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, p. 200 ss.;
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007;
- V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1956;
- D. MANZIONE, sub *Art. 471 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1991, p. 59 ss.;
- M. MARGARITELLI, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale e al giudizio di cognizione: l'illusione dell'imparzialità del giudice penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1152 ss.;
- EAD., *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 366 ss.;

- A. MARUCCI, *Incidente di esecuzione e procedura «de plano»*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 137 ss.;
- ID., *La natura giurisdizionale del procedimento incidentale «de plano»*, in *Rass. st. penit.*, 1958, p. 894 ss.;
- O. MAZZA, *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1039 ss.;
- ID., *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2011, p. 409 ss.;
- ID., sub art. 666 c.p.p., in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P.M. Corso, Piacenza, 2008, p. 2874 ss.;
- ID., *Diritto a un processo equo*, in AA.VV., *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006, p. 469 ss.;
- S. MELONI, *Niente di nuovo sul fronte della traduzione degli atti in ambito processuale: una storia italiana*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3683 ss.;
- A. MIELE, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1990, c. 636 ss.;
- C. MINNELLA, *Le sezioni unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. st. penit.*, 2004, p. 137 ss.;
- L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1161 ss.;

- R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1362 ss.;
- S. MORASCO, *Imputato allogliotta e traduzione dell'ordinanza di custodia cautelare ex art. 27 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1213 ss.;
- G. NESPOLI, *Ancora su la natura, l'oggetto e lo scopo del processo di sorveglianza*, in *Giust. pen.*, 1986, III, c. 436 ss.;
- ID., *Ciò che resta dello stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, I, c. 253 ss.;
- R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996;
- EAD., *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale, Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, VI, Torino, 2009, p. 5 ss.;
- M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996;
- A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002;
- ID., *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni – D. Vigoni, Milano, 2010, p. 85 ss.;

- B. PIATTOLI, *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262 ss.;
- T. PLESSI, *Il “no” delle sezioni unite alla rilevanza dell’impedimento del difensore nelle udienze camerale con partecipazione facoltativa di accusa e difesa*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2070 ss.;
- V. PINI, *L’impedimento del difensore di fiducia nei procedimenti di esecuzione*, in *Giur. it.*, 1994, p. 33 ss.;
- P. PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 25 ss.;
- N. PLASTINA, *Il rito camerale nelle procedure per le misure di prevenzione nell’ordinamento italiano: la Corte europea ne assolve l’equità, ma ne censura (parzialmente) la mancanza di pubblicità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1633 ss.;
- D. POTETTI, *La prova nel procedimento esecutivo di cui all’art. 671 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1685 ss.;
- ID., *Vecchi problemi in tema di reato continuato e nuovo rito penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 965 ss.;
- A. PORRAS GONZALES, *Sulle declaratorie di inammissibilità nel procedimento di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2560 ss.;
- A. PRESUTTI, *Il giudicato penale tra principi costituzionali e convenzioni internazionali*, *Atti incontro di studio promosso dal C.S.M.*, Roma, 2004;
- EAD., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in EAD., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, p. 27 ss.;

- EAD., *Procedure in camera di consiglio e regime del ricorso per cassazione (anche, ma non solo, in sede esecutiva)*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3476 ss.;
- EAD., voce *Esecuzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Agg., Roma, 1996, p. 1 ss.;
- EAD., *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 129 ss.;
- EAD., sub *Art. 236 norme coord. c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO - O. DOMINIONI, *App.*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1990, p. 238 ss.;
- A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Torino, 2008;
- G. RANALDI, « Discovery » completa ed effettività della difesa nei controlli « de libertate », in *Giur. cost.*, 1997, p. 1890 ss.;
- E. RANDAZZO, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze camerali e preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2219 ss.;
- P.P. RIVELLO, *La struttura, al documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, X.1, Milano, 1999;
- ID., *Un significativo mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3379 ss.;

- M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XLIII, Milano, 2009;
- M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino, 2002;
- ID., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 203 ss.;
- GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953;
- A.A. SAMMARCO, *Il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale. Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, VI, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, 239 ss.;
- ID., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 871 ss.;
- G.G. SANDRELLI, *Il procedimento di esecuzione*, in F. Fiorentin - G.G. Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2007, p. 545 ss.;
- A SANTORO, *L'esecuzione penale*, Torino, 1953;
- A SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, p. 1 ss.;
- P. SECHI, *Il patrocinio per i non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, p. 179 ss.;
- EAD., *Le innovazioni in materia di patrocinio a spese dello Stato: alla ricerca di un difficile equilibrio tra efficienza*

- processuale e tutela dei non abbienti*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. 193 ss.;
- E. SELVAGGI, *Osservazioni alla sentenza Bocellari*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1629 ss.;
- G. SLIWOWSKI, *La natura giudiziaria o amministrativa dell'esecuzione delle pene e i suoi riflessi sul problema del controllo dell'esecuzione*, in *Rass. st. penit.*, 1967, p. 507 ss.;
- E. SOMMA, *La "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione. Processo penale e processo di sorveglianza*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, Atti del Convegno di Lecce*, Milano, 1977, p. 159 ss.;
- G. SPANGHER, *Tra vecchio e nuovo processo penale: norme di coordinamento e disciplina transitoria*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di A. Gaito, 1989, p. 147 ss.;
- A. TAMIETTI, *La nozione di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni in margine alla decisione Montera c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1405 ss.;
- G. TARTAGLIONE, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 1972, p. 173 ss.;
- M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza n. 26 del 1999?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 980 ss.;
- P. TONINI, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 417 ss.;

- ID., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007;
- ID., *La prova penale*, Milano, 2000;
- G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 1999, p. 605 ss.;
- ID., *L'esecuzione*, in *Diritto processuale penale*, a cura di D. Siracusano - A. Galati - G. Tranchina - E. Zappalà, Milano, 2006, p. 581 ss.;
- P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2006;
- V. TUFANO, *Legge Simeone e sospensione dell'esecuzione: primi passi in un nuovo accidentato percorso interpretativo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3167 ss.;
- G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e trattato di Lisbona*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2011, p. 227 ss.;
- ID., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009;
- ID., *Giusto processo, (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, 1, Milano, 2008, p. 433 ss.;
- ID., *Neutralità metodologica e del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 16 ss.;
- ID., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007;
- ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997;
- ID., *Rilanciato il « giusto processo »*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 791 ss.;

- ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995;
- ID., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 115 ss.;
- ID., *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 11 ss.;
- ID., *Dibattimento (principio del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1989, p. 455 ss.;
- ID., sub *Art. 143 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio - O. Dominioni, II, Milano, 1989, p. 141 ss.;
- A. VALENTI, *Tutela dei diritti soggettivi fondamentali e garanzia giurisdizionale nell'esecuzione della pena detentiva*, in *Rass. st. penit.*, 1973, p. 591 ss.;
- G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXVI.2, Milano, 2006;
- ID., *Il reato continuato: tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003;
- G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 437 ss.;
- ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.;

- ID., *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 3523 ss.;
- ID., *La potestà punitiva*, Torino, 1942;
- A. VENDITTI, voce *Giudice dell'esecuzione*, in *Nss. D. I.*, VII, 1961, p. 869 ss.;
- G. VELOTTI, *Appunti sul giudice di sorveglianza*, in *Rass. st. penit.*, 1971, p. 403 ss.;
- P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXVII.2, Milano, 2005;
- M. VESSICHELLI, *Sul regime delle nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1157 ss.;
- D. VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, III, *Diritto dell'esecuzione penale, Diritto penale, Diritto, Economia e Società*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, Milano, 2010, p. 125 ss.;
- EAD., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009;
- EAD., *Minoranze, stranieri e processo penale, in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, 1995, p. 380 ss.;
- V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (prolegomeni storico-comparativi)*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1973, p. 1423 ss.;
- U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte*

costituzionale del 24 ottobre 2007, in *Dir. uomo*, 2007, p. 46 ss.;

G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984;

F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXV.2, Milano, 2005;

G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 89 ss.;

G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 411 ss.