

La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale

Punishment Within the Trial. Increasing Jurisdictional Control in the Execution Stage of Criminal Proceedings in Liberal Italy

MARCO NICOLA MILETTI

Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Foggia
marco.miletti@unifg.it

ESECUZIONE PENALE, CODICE DI PROCEDURA PENALE 1913,
INCIDENTE D'ESECUZIONE, CARCERI, PENA, SCUOLA POSITIVA,
RAPPORTO GIURIDICO PROCESSUALE

CRIMINAL EXECUTION, ITALIAN CODE OF PENAL
PROCEDURE 1913, PRISON SYSTEM, PENALTY SYSTEM,
REMEDIAL DURING THE CRIMINAL EXECUTIVE STAGE,
POSITIVIST SCHOOL OF CRIMINOLOGY,
JURIDICAL RELATIONSHIP IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

Il saggio ripercorre l'itinerario scientifico e legislativo che portò, nei primi lustri del XX secolo, alla formazione d'un diritto italiano dell'esecuzione penale. A lungo trascurata dagli studiosi e lasciata alla gestione spesso opaca delle autorità carcerarie, a fine Ottocento l'esecuzione suscitò l'interesse penalistico per una serie di concause: l'attenzione dell'establishment liberale alle matrici della criminalità, la campagna della scuola criminologica a favore di un radicale ripensamento della sanzione, il tentativo di costruire il processo penale, sul paradigma di quello civile, come un rapporto giuridico destinato a perpetuarsi oltre il giudicato. Spinte anche dalla novità sistematica del c.p.p. del 1913, le scienze penali si orientarono, non senza contrasti, verso un controllo giurisdizionale dell'esecuzione, che assicurasse anche nell'ultimo segmento del processo un minimum di garanzie e di libertà.

This essay will examine the reasons that led to the formation of executive criminal law in Italy at the beginning of the 20th Century. Scholars had traditionally neglected the executive stage of criminal proceedings: they considered that the imposition of penalty was responsibility of prison authorities. At the end of the 19th Century, a series of causes brought the issue of execution to the attention of penal jurists: the liberal establishment showed increasing attention to the sources of crime; the positivist school of criminology was struggling for radical reforms of repressive and preventive tools; technical jurisprudence was attempting to build the criminal trial as a relationship that continued beyond judgement, as well as civil trial. Thanks to the symbolic push given by Code of penal procedure (1913), criminal science accepted the controversial principle that jurisdiction should not leave the convicted in the hands of jailers and that even the last stage of proceedings should guarantee minimum conditions of freedom.

SOMMARIO

1. L'embrione: la sostituzione giudiziale. – 2. Come gocce sulla sabbia. – 3. Carcerieri, non giuristi: l'anello di congiunzione. – 4. Diritti dopo il giudizio. – 5. La svolta del 1913. – 6. La nuova fase del rapporto processuale. – 7. Tra giurisdizione e amministrazione. – 8. La discrezione indiscreta. – 9. L'ultima carta: il progetto Ferri.

1. L'embrione: la sostituzione giudiziale.

In una celebre relazione sulla riforma del sistema carcerario francese il duca di Lecazes, ministro degli Interni di Luigi XVIII, metteva in guardia dal rischio che le vessazioni illegali acuissero il rancore del detenuto: la legge perciò, ammoniva il ministro, avrebbe dovuto seguire il condannato nella prigione in cui lo aveva condotto¹. La massima colpì Foucault, il quale la considerò paradigmatica dell'«eterno tentativo del sistema penitenziario di sfuggire alla penetrazione del giuridico e della legge» e dello speculare «sforzo del sistema giudiziario» per ricondurlo sotto il proprio controllo².

La dinamica non risparmiò l'ordinamento penale italiano d'età liberale. Tra gli ultimi lustri dell'Ottocento e la conquista fascista del potere – l'arco cronologico qui preso in esame – studiosi e legislatori provarono a far entrare la legge nelle carceri: o meglio a trasbordare le logiche della giurisdizione oltre le colonne d'Ercole del giudicato. Da allora l'esecuzione penale si ritagliò all'interno delle scienze penalistiche un lembo periferico e non sempre tollerato.

All'aggiustamento di rotta concorsero fattori convergenti. La penalistica 'civile' si accorse che una comprensione integrale del fenomeno criminale non poteva prescindere dal pianeta carcerario³, tanto più in quanto le forze 'antagoniste' descrivevano le patrie galere come polveriere sociali⁴. La scuola positiva tratteggiava un ripensamento *ab imis* della funzione della pena⁵. Il prolungato dibattito sulla codificazione prima sostanziale e poi processuale stimolava la riflessione e alimentava propositi riformisti.

I lunghi lavori preparatori del codice penale vagliarono a più riprese l'opportunità di rimettere al giudice l'opzione tra condanna alla prigionia e alla detenzione a seconda dell'*impulso*

¹ É.L. DECAZES, *Rapport au Roi*, in *Le Moniteur Universel*, n. 100, 10 avril 1819, 424: «Elle [la loi] doit donc le suivre dans la prison où elle l'a conduit». Il *Rapport* accompagnava l'*Ordonnance* del 9 aprile (v. *Ordonnance du Roi portant autorisation d'une société pour l'amélioration des prisons*, in *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État [...] par J.B. Duvergier [...] Tome Vingt-Deuxième. Deuxième Édition*, Paris, 1838, 124-126) che istituiva la *Société Royale pour l'amélioration des prisons* e alcuni organismi connessi, primo tra tutti il *Conseil général des prisons*. Il *Rapport* di Decazes fu completato da un *Rapport sur les prisons, et pièces à l'appui du rapport*, s.l. né d. (ma Paris, 21 décembre 1819), firmato dallo stesso ministro-segretario di Stato agli Interni.

² M. FOUCAULT, *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par B.E. Harcourt, Paris, 2013, 67 e ivi, 80-81, nt. 26. Di fatto la prigione, aggiungeva l'A. citando ancora Decazes (ivi, 212), non era più sede di applicazione legale delle decisioni giudiziali bensì «tout autre chose», dotata d'una propria giustizia. Essa, concludeva Foucault (ivi, 257), impedisce al potere giudiziario di verificare l'applicazione delle pene: la legge non vi penetra, come rilevato da Decazes nel 1819. Il testo è ora disponibile in trad. it. col tit. *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, a cura di D. Borca e P.A. Rovatti, Milano, 2016, 79 e ivi, 92, nt. 26; ivi, 223 e 267. La divergenza tra la logica formale e astratta del tribunale e quella individualizzante e disciplinante del carcere fu ripresa in più punti da M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976 e 1993, 200-201, 211, 274-275.

³ Sull'interesse della penalistica liberale post-unitaria per le carceri si rinvia a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 170-172, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, I, 520-522. U. CONTI, *Il dopo guerra penitenziario*, in *Rivista Penale*, XLIII (1917), vol. LXXXVI, fasc. V-VI, 420 rivendicava di non aver mai creduto «di diminuire la dignità e l'importanza dei nostri studi occupandomi» di pena e prevenzione; «anzi, ho sempre pensato [...] che il giurista criminalista debba rendersi preciso conto di questi problemi». G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia. Volume quinto. I documenti. 2*, Torino, 1973, 1908 rileva il tradizionale *disinteresse* dei «cultori di diritto penale» verso la realtà carceraria, ritenuta «non degna della purezza e del rigore dogmatico» della disciplina. Una meritoria anomalia fu rappresentata dalla *Rivista di discipline carcerarie* di Martino Beltrani Scalia, sulla quale v. F. COLAO, «*Consorelle tra «vincoli indissolubili», «scuole», «indirizzi» del penale*, in *Una tribuna per le scienze criminali. La «cultura» delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, a cura di L. Lacchè e M. Stronati, Macerata, 2012, 36-41. Non va sottovalutato l'apporto ad una prima conoscenza del mondo penitenziario arrecato dallo sviluppo (opportuno sottolineato da P. GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, 2016, spec. 57) della statistica nella penalistica italiana del tardo Ottocento.

⁴ In un discorso tenuto nel 1904 alla Camera durante la discussione sul bilancio degli Interni (ATTI DEL PARLAMENTO ITALIANO – CAMERA DEI DEPUTATI, Sessione 1902-904 [2ª della XXI Legislatura], *Discussioni*, Volume XII [...], Roma, 1904, 2ª tornata del 18 marzo 1904, 11821) Filippo Turati deplorava che la sporadica attenzione dell'opinione pubblica illuminasse brevemente «le case dei morti» e che, tra una tragedia e l'altra, i «sepolcri» si richiudessero. L'intervento turatiano fu pubblicato in fascioletto col tit. *I cimiteri dei vivi*, Roma, 1904.

⁵ Uno dei testi 'fondativi' della scuola positiva (R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, 5-6) esordiva ipotizzando lo stupore del «profano» nello scoprire che la minuziosa pre-determinazione codicistica delle pene fosse frutto di astratte «deduzioni» e non di «esattezza matematica». Cfr. anche ID., *La criminologie [...] Cinquième édition [...] Paris, 1905, Préface de la cinquième édition*, v.

a delinquere che aveva guidato l'imputato. Questo meccanismo di *sostituzione* giudiziale, che comunque si sarebbe attivato nella fase dell'accertamento e non dell'esecuzione, non fu conservato nel testo definitivo: Zanardelli lo giudicò *pericoloso e impolitico*, perché avrebbe da un lato resuscitato le condanne infamanti, dall'altro *glorificato* i detenuti mossi da «impulso generoso o almeno non pravo»; per di più il nuovo codice puntava sulla reclusione come «pena normale per i delitti»⁶. Il *revirement* zanardelliano irritò Enrico Ferri, il quale nel 1892 etichettò come «dottrinarismo, impolitico esso davvero, il non voler tener conto» della «simpatia» riscossa nella «coscienza» collettiva dai condannati meno *pravi*. Sensazione, quest'ultima, accentuatasi nel leader socialista della scuola positiva nel 1900: a suo parere, infatti, il «trattamento carcerario ignobile» inflitto dai tribunali militari – complice un codice «sedicente liberale» – ai condannati politici per i fatti del 1894 e 1898 aveva *commosso* l'opinione pubblica⁷.

Ferri coglieva qualche sparuto e indiretto riconoscimento alla sua scuola tanto nella recente codificazione (la griglia delle circostanze) quanto in proposte di leggi speciali (recidiva, istituzione dei manicomi criminali, riforma dei «sistemi cellulari», detenzioni brevi). A suo avviso, tuttavia, queste timide aperture restavano interne alle «teorie classiche dei delitti e delle pene»: occorreva, invece, reimpiantare la «difesa sociale» attraverso la «strada maestra delle radicali riforme nella procedura e nei sistemi repressivi». La scuola positiva, proclamava un fortunato passaggio di *Sociologia criminale*, puntava a ridurre «a più stretti confini l'importanza pratica del codice penale» e a «riversa[re] maggior luce sulle leggi di procedura e di ordinamento penale, come quelle [...] che hanno l'ufficio di trasportare la pena ed i mezzi difensivi [...] dal campo aereo delle minacce legislative al campo pratico della difesa sociale». Bisognava perciò, incalzava Ferri, «persuadere i legislatori ad occuparsi meno delle riforme penali e molto più di quelle giudiziarie e carcerarie», le quali peraltro garantivano gli «onesti» più che i «birbanti»⁸.

2. Come gocce sulla sabbia.

Nell'edizione del 1892 della sua opera più nota Ferri indicava due principi-guida della procedura positivista: «il ristabilimento dell'equilibrio di diritti e guarentigie fra individuo giudicabile e società giudicante»; la trasformazione del «giudizio penale» da accertamento della responsabilità morale in individuazione della sanzione più adatta alla «categoria antropologica» del delinquente. A questi due obiettivi l'edizione del 1900 ne aggiungeva un terzo, ossia «la continuità solidale nelle varie funzioni pratiche di difesa sociale: dalla polizia giudiziaria alla sentenza ed all'esecuzione di questa»⁹.

Tra i sintomi di «bancarotta» degli «odierni ordinamenti penali» Ferri annoverava il «distacco ed oblio fra la legge e la sentenza da una parte e fra la sentenza e la sua esecuzione dall'altra». Ne conseguivano «effetti disastrosi»: la proliferazione di associazioni criminali aventi in carcere i «centri d'azione»; milioni di condannati a «brevi pene carcerarie stupide e risibili»; l'«inesorabile» incremento della recidiva. Lo studioso sottoscriveva l'immaginifica metafora di Adolphe Prins: finché i tribunali avessero continuato a lasciar cadere le condanne sui miserabili alla maniera d'un rubinetto che sversa gocce sulla sabbia, nulla sarebbe cambiato; per correggere una giustizia troppo macchinosa e impersonale – aveva preconizzato il penalista belga – urgeva accordare un ruolo «plus considérable» alla coscienza e all'iniziativa

⁶ Per la sequenza delle soluzioni prospettate durante i lavori preparatori cfr. P.S. MANCINI, *Relazione*, in *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 25 novembre 1876 [...]. Libro Primo*, Roma, 1877, 99 e 248; G. ZANARDELLI, *Relazione*, in *Allegati al Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Savelli) nella tornata del 26 novembre 1883. Allegato 1 [...]*, Roma, 1883, 10 («col valido concorso delle investigazioni psichiatriche ed antropologiche, il legislatore cerca di avere sufficiente contezza del delinquente e di fissarne il più congruo trattamento»), 20-21, 211 (cfr. le critiche di R. GAROFALO, *Alcune osservazioni sul progetto del codice penale [...] 26 novembre 1883*, in *Archivio di Psichiatria*, IV [1883], 461-462); B. GIANNUZZI-SAVELLI, *Relazione*, in *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 26 novembre 1883 [...]*, Roma, 15-16; E. PESSINA, *Relazione*, in *Progetto di codice penale per il Regno d'Italia. Modificazioni proposte alla Commissione eletta dalla Camera dei deputati nelle tornate del 14 dicembre 1883 e 29 gennaio 1885 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Pessina)*, Roma, 1885, VII e 15; G. ZANARDELLI, *Relazione*, in *ATTI PARLAMENTARI – CAMERA DEI DEPUTATI – n. 28, Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione [...]. Seduta del 22 novembre 1887 – Volume I. Relazione Ministeriale (libro primo)*, Roma, 1887, 82-83 (sostituzione giudiziale «pericolosa» e «impolitica»; preferenza per la reclusione).

⁷ Rispettiv. E. FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1892, 591; ID., *Sociologia criminale. Quarta edizione [...]*, Torino, 1900, 721; ivi, nt. 1 quanto alle simpatie suscitate dai recenti reati politici.

⁸ E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 591-595. Con qualche inserto il brano era riprodotto da ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 721-726.

⁹ Rispettiv. E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 596; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 728.

del giudice affinché questi distribuisse con discernimento indulgenza e severità¹⁰.

La «segregazione a tempo indeterminato» vagheggiata da Ferri prometteva un impatto particolarmente eversivo della vigente esecuzione penale. Egli mutuava, con qualche variante, da von Listz l'idea di affidare la *determinazione* della pena a commissioni composte da giudice, accusatore e difensore, funzionari amministrativi e «periti antropologi-criminalisti»: l'attività di questi organismi sarebbe stata «continuativa» dell'«opera del giudice» e «non più staccata» da essa, in modo da agevolare, in luogo dell'attuale «abbandono e [...] oblio del condannato» subito dopo la sentenza, un'«umana ed efficace» prevenzione individuale e sociale¹¹.

3.

Carcerieri, non giuristi: l'anello di congiunzione.

I *desiderata* ferriani collidevano con le recenti scelte del legislatore. Il *Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi* (r.d. 1° febbraio 1891, n. 260) accentrava la gestione degli istituti penitenziari presso la Direzione generale del Ministero degli Interni, ossia sotto il controllo di quel Martino Beltrani Scalia che del provvedimento era stato l'artefice. L'impianto gerarchico e verticistico del *Regolamento* non era mitigato dal Consiglio delle carceri, meramente consultivo e a lungo inattuato, né dalle commissioni visitatrici, cinghie di trasmissione solo virtuali col mondo esterno¹². Le prigionie restavano, insomma, feudo della burocrazia amministrativa, tra le perplessità degli studiosi¹³. Com'è noto, bisognò attendere il decreto Oviglio del 31 dicembre 1922, n. 1718 (e quello attuativo 28 giugno 1923, n. 1890) perché l'amministrazione delle carceri transitasse dagli Interni alla Giustizia.

Lesigua letteratura processual-penalistica *fin de siècle*, quasi a dissimulare il disagio per il proprio assordante silenzio sulla giustizia 'effettuale', si arroccava sulla trincea teorica della *natura giuridica* dell'esecuzione. La comparazione indicava due modelli alternativi. Quello tedesco era icasticamente sintetizzato da Karl Binding: «Die processuale Vollstreckung ist ein Act der Justiz und nicht der Verwaltung». La tradizione germanica, chiosava lo studioso, costruiva il processo come fenomeno tripartito, la cui esecuzione era rimessa a un giudice 'terzo' tenuto, dall'inizio alla fine, a mediare tra le parti¹⁴. I tedeschi, ironizzava Vincenzo Manzini, criticavano «il sistema francese sfoderando il latinetto: *iurisdictione sine executione esse non potest*»; ma la massima avrebbe potuto «tacitare giuristi del tipo di fra' Galdino», giacché era, invero, perfettamente concepibile un'«esecuzione materiale» o un'amministrazione non giurisdizionali¹⁵.

Il *Code d'instruction criminelle*, per contro, aveva scisso (artt. 165, 197, 376) la giurisdizione dall'esecuzione: quest'ultima era stata assegnata al pubblico ministero, mentre al tribunale re-

¹⁰ E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 677-678; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 826-828. La citazione era tratta da A. PRINS, *La loi sur la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles*, in *Revue de Belgique*, XX (1888), vol. 59, 208.

¹¹ Sui tre «criteri» di difesa sociale (tra cui la segregazione a tempo indeterminato) v. E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 684; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 834. Sulla rielaborazione della proposta Prins (della quale peraltro Ferri reputava troppo cauta l'indeterminatezza solo *relativa* della pena) cfr. ivi, 843-844 (spunto già più che abbozzato in ID., *Sociologia* [1892], 692-694). Nella prospettiva della segregazione indeterminata anche la liberazione condizionale, da subordinare a un «esame fisio-psicologico [...] personale e non burocratico» del condannato, avrebbe acquistato una diversa portata: E. FERRI, *Sociologia* (1892), 694-695; ID., *Sociologia* (1900), 845. Il meccanismo della condanna indeterminata non avrebbe potuto che incoraggiare la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione: così, ad es., A. SACCONI, *Del rapporto giuridico processuale penale di esecuzione*, Venezia, 1914, 28.

¹² Riassume il contenuto del *Regolamento* del 1891, stigmatizzandone «l'asperata centralizzazione e burocratizzazione delle competenze», G. NEPPI MODONA, *Carcere*, cit. [nt. 3], 1921-1926. Che le commissioni di controllo fossero rimaste «sulla carta» risultava evidente già a Turati: ATTI DEL PARLAMENTO, *loc. cit.* [nt. 4], 11825.

¹³ B. ALIMENA, *Su i principii direttivi di un nuovo codice di procedura penale* (1900), in ID., *Studi di procedura penale*, Torino, 1908, 149 appoggiava la proposta della commissione per la riforma del c.p.p. di trasferire al Ministero della Giustizia la competenza sulle carceri. P. TUOZZI, *Principii del procedimento penale italiano [...]. 2° edizione rifatta ed ampliata*, Napoli, 1911, n. 524, 602-603 deplorava l'«evidentemente erronea» discriminazione tra condannati, soggetti al Ministero degli Interni, e giudicabili, «alla dipendenza del Ministro di Grazia e Giustizia»: a suo parere, l'intera amministrazione carceraria sarebbe dovuta passare sotto il Ministero della Giustizia, che si sarebbe occupato dell'assegnazione dei detenuti, «lasciata ora a discrezione dell'autorità amministrative, e, peggio, della politica inframmettente» (la proposta di trasferimento di competenze, priva però della notazione polemica, compariva già in ID., *Principii del procedimento penale italiano*, Torino, 1909, n. 524, 546). Per S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, n. 562, 969 l'affidamento dell'esecuzione alla stessa autorità che aveva pronunciato la condanna avrebbe responsabilizzato i magistrati, i quali ora si sentivano «estranei all'esecuzione e riconosce[va]no anzi come uno stretto dovere il disinteressarsene»; a favore dello *status quo* tuttavia militavano, ad avviso dell'A., la separazione dei poteri, le carenze attitudinali tra i giudici, l'introduzione di misure preventive. Per il trasferimento delle carceri dall'Interno alla Giustizia si pronunciava anche A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 60, nt. 1.

¹⁴ K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts*. Vierte, verbesserte Auflage, Leipzig, 1900, § 126, III, 280.

¹⁵ V. MANZINI, *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo codice di procedura penale [...]. Volume II [...]*, Torino, 1914, n. 354, 676, nt. 1. ID., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice [...]. Volume quarto [...]*, Torino, n. 534, 722, nt. 4 specificava che il passaggio delle carceri, nel 1923, alle dipendenze del Ministero della Giustizia non modificava le osservazioni del 1914.

siduava la risoluzione di eventuali controversie. In sostanza, il momento esecutivo era scivolato «fuori della giurisdizione»¹⁶. L'impostazione transalpina, condensata nella formula *iurisdictio in sola cognitione consistit*, aveva abituato i penalisti ottocenteschi a disinteressarsi «della sorte del delinquente» una volta divenuta irrevocabile la condanna, e a considerare «l'organizzazione e il funzionamento degli istituti penitenziari come compito di carcerieri e non di giuristi»¹⁷.

Nel 1895 i fortunati *Elementi* di Luigi Lucchini definivano l'esecuzione penale «l'anello di congiunzione» tra «funzioni giudiziarie» e «funzioni amministrative», un compito «esorbitante] dal campo strettamente giuridico» e «di spettanza propria ed esclusiva dell'amministrazione»¹⁸. Il lucchiniano *Digesto Italiano* avallava la distinzione tra profili *giuridici* dell'esecuzione, attinenti al diritto dell'autorità e delle parti di far eseguire le sentenze; e profili *amministrativi*, vale a dire «il fatto concreto» nel quale essa si materializzava. I primi meritavano, sì, «un posto a sé nella procedura penale» ma solo quale «necessaria appendice» e «fase ultima e consequenziale del giudizio»¹⁹. Quanto agli aspetti pragmatici, in fondo la scienza li disdegnava, come qualche studioso ammetteva tra le righe²⁰.

4. Diritti dopo il giudizio.

Una concezione così asfittica rischiava di finire schiacciata tra le aspettative palinogenetiche riposte nell'esecuzione penale dalla criminologia positivista e le suggestioni dogmatiche provenienti dalla processual-civilistica.

Per il primo versante basti pensare all'enfasi con cui Filippo Grispigni, nel 1911, esaltava le norme dell'avamprogetto svizzero di codice penale che accordavano al giudice, nello stadio esecutivo, ampi poteri di decisione su internamento, ospedalizzazione, sospensione della condanna, detenzione cellulare. Una così occhiuta vigilanza – chiosava ammirato il giovane criminalista, rispolverando un sostantivo 'ferriano' – documentava «la continuità» tra giurisdizione e «applicazione della sanzione»; e appariva purtroppo incomparabile con quei sistemi in cui i giudici «non vedono più e non odono neppure più mai parlare del disgraziato ch'essi hanno mandato alla reclusione!»²¹.

Quanto alla strisciante influenza della processual-civilistica, a fine Ottocento i relativi cultori disponevano d'un raffinato strumentario concettuale in grado di erigere una dottrina del processo *tout court*. Così il *Commentario* di Lodovico Mortara, circolante in dispense già negli ultimi anni del secolo, dedicava poche ma pregnanti pagine alla giurisdizione penale. In esse il processo veniva descritto come «conflitto» tra il diritto soggettivo dello Stato alla «coercizione» e la «condizione personale del delinquente» avente «tutti i requisiti esteriori di un diritto subbiiettivo a lui guarentito dalla legge». Da qui il corollario: per irrogare la pena, che colpiva il reo «nel patrimonio, nella reputazione, nella libertà, perfino nella vita secondo alcune legislazioni», lo Stato era obbligato a «provocare» la garanzia giurisdizionale²².

Mortara ritornava sul tema nel fondamentale capitolo sulla simmetria tra giurisdizioni

¹⁶ E. FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio*. Estr., Milano, 1914, 190-191.

¹⁷ U. CONTI, *La vigilanza del giudice sull'esecuzione della pena*, in *Rivista di diritto penitenziario*, VI (1935), vol. II, n. 5, 1223.

¹⁸ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, n. 373, 385. Cfr. ancora ID., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1920, n. 373, 485. A fine Ottocento anche il lucchiniano A. MOSCATELLI, *Esecuzione (materia penale)*, in *Il Digesto Italiano*, X, Torino, 1895-1898, 585 definiva l'esecuzione penale «il tratto di unione delle funzioni giudiziarie con le funzioni amministrative». P. MARSICH, *L'esecuzione penale (Saggio introduttivo)*, Padova, 1927, 37, nt. 1 classificava Lucchini tra i fautori della tesi 'mista'.

¹⁹ A. MOSCATELLI, *Esecuzione* (1895-98), cit. [nt. 18], 586.

²⁰ P. TUOZZI, *Principii* (1911), cit. [nt. 13], n. 508, 589-590; ivi, *Prefazione alla seconda edizione*, 6 (qui l'A. immaginava che le autorità giudiziarie e amministrative «si d[esser]o la mano nell'attuazione della suprema finalità dello Stato di affermare il diritto»).

²¹ F. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, in *La Scuola positiva*, XXI (1911), sr. III, vol. II, n. 5-6 (mag.-giu.), 288-289. Anni dopo, F. GRISPIGNI, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *La Scuola Positiva*, XXX (1920), sr. IV, vol. XI, 422-423 ribadiva che gli ordinamenti penali moderni sottoponevano al controllo dell'autorità giudiziaria, «e possibilmente» dello stesso giudice che avesse pronunciato la condanna, la periodica verifica della pericolosità: verifica che non rappresentava un giudizio di revisione (lo impediva il limite del giudicato) bensì «un'esecuzione» dell'ordine, implicito nella sentenza, di far cessare la sanzione una volta acclarata la cessazione del presupposto. Ivi, 419 un cenno al principio, ammesso dai sistemi progrediti, di sostituibilità della sanzione in fase di esecuzione, entro limiti di legge «e sempre colla garanzia dell'intervento dell'organo giurisdizionale».

²² L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile. Volume I – Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, s.d. [1898?], n. 23, 23. Il brano era citato da E. MASSARI, *Il processo penale*, in *Il Filangieri*, XXXI (1906), 244, il quale (ivi, 245) lo considerava un saggio dell'«adattabilità del diritto positivo italiano alla teoria [...] subbiettiva del processo penale», a sua volta «ovvia applicazione» (ivi, 243) della tesi mortariana dell'identità tra giurisdizione civile e penale.

civile e penale. Nemmeno in questa sede egli si soffermava specificamente sull'esecuzione: gli interessava, piuttosto, mostrare come qualsiasi processo si strutturasse sempre come conflitto tra diritti soggettivi. In quest'ottica, egli osservava che la pena non «spoglia[va]» il condannato «dei diritti subbiettivi (libertà, proprietà, ecc.), da lui legittimamente goduti»: la sentenza di condanna accertava soltanto che il reo, in «proporzione» alla condanna inflittagli, mancava «del titolo per posseder[li]» nella «misura normale» equivalente a quella degli altri consociati²³.

Un'analoga trama concettuale tesseva Arturo Rocco nel breve ma cruciale saggio *Sul concetto del diritto subbiettivo di punire* (1905), riflessione «tecnico-giuridica» sul *ius puniendi* come diritto soggettivo e sul connesso «rapporto giuridico penale» tra Stato e reo. Per il giovane studioso napoletano il potere punitivo dello Stato moderno incontrava il limite del rispetto della personalità umana, come aveva insegnato Enrico Pessina. Pertanto sullo Stato gravava il «dovere giuridico» di astenersi dalle indebite lesioni alla «sfera di libertà» garantita al reo dal diritto penale; il reo vantava «verso lo Stato», com'era per lo più sfuggito alla dottrina, un «correlativo diritto [...] di libertà», consistente nella facoltà di «volere e di agire in quella parte o sfera di attività, non ostante l'assoggettamento alla pena, a lui lasciata libera dalla legge penale e conseguentemente di impedire in essa le illegittime invasioni da parte degli organi del potere esecutivo penale dello Stato (in specie, dell'amministrazione carceraria)»²⁴.

Rocco, peraltro, avrebbe accennato al medesimo, incomprimibile diritto di libertà anche nella celebre prolusione sassarese del 1910. Qui lo studioso lamentava incidentalmente che la contaminazione del penale con altri saperi stava portando a concentrarsi sulla classificazione del delinquente anziché sulla sua «personalità giuridica» e di conseguenza a dimenticare che persino il *condannato*, «entro certi limiti», meritava «la garanzia dei diritti» o interessi costituenti «il suo stato personale e la sua condizione patrimoniale»: prerogative di cui costui non andava «in alcun modo» privato, «essendo, per ora almeno, impossibile una sicura *diagnosi* della delinquenza potenziale» e forse «per sempre [...] una sicura *prognosi* della *delinquenza effettiva*»²⁵.

Mentre l'algida teoria generale di Arturo Rocco e le ariose panoramiche di Mortara fondavano giuridicamente una soglia minima di dignità da preservare fin dietro le sbarre, la poderosa monografia di Silvio Longhi del 1911, ambizioso tentativo di combinare gli strumenti repressivi 'classici' con le misure 'criminologiche' preventive, proponeva una diversa quadratura del cerchio: una volta conclusasi la fase prettamente *giuridica* dell'accertamento, nello stadio esecutivo del processo penale occorreva sprigionare, secondo il giurista bresciano, le nuove competenze psico-antropologiche richieste ai magistrati (magari con l'ausilio di «tecnici») e *localizzare* una giurisdizione in grado di determinare l'indole e la temibilità del delinquente e le relative variazioni²⁶.

Insomma, la penalistica dei primi anni Dieci non pareva più disposta a degradare l'esecuzione a irrilevante accidente fattuale. Certo, le esitazioni sistematiche erano vistose, e Manzini le registrava da par suo nel manuale del 1912: alcuni studiosi collocavano la materia nella procedura, altri nel penale sostanziale, altri «addirittura nel diritto amministrativo»; e pareva che «tutti» avessero «torto e ragione insieme». Lo studioso friulano proponeva una via d'uscita mista, che attribuiva al penale sostanziale quanto attenesse alla «pretesa punitiva dello Stato», inclusa la sospensione della pena; al diritto amministrativo le regole *materiali* (regime di espiazione della restrizione; riscossione delle multe etc.); al penale processuale le norme concernenti «le condizioni e i presupposti d'eseguibilità» delle decisioni, la disciplina degli

²³ L. MORTARA, *Commentario* (1898?), cit. [nt. 22], n. 485, 591-592.

²⁴ Ar. ROCCO, *Sul concetto del diritto subbiettivo di punire*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel 25° anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, I, 499-529; in *Giustizia penale*, XI (1905), coll. 401-408 e 441-451; e in Ar. ROCCO, *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, 131 (*ius puniendi* e rapporto); ivi, 136 (rispetto della personalità del reo e richiamo a Pessina); ivi, 139 (dovere dello Stato e diritto di libertà del reo); ivi, nt. 2 il rimprovero alla dottrina, salvo che a Binding); ivi, 139-143 (giuridicità del rapporto tra «pretesa» dello Stato e «dovere» del reo, quest'ultimo non solo oggetto ma anche soggetto passivo del *ius puniendi*). L.A. citava E. PESSINA, *Elementi di diritto penale [...]. Volume primo*, Napoli, 1882, § 144, 332-333, per il quale il dolore da procurare al delinquente doveva «rispettare il limite» della «personalità umana». La tesi del diritto subbiettivo di punire, condivisa dagli allievi di Rocco (ad es. da A. SANTORO, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma, 1931, 45; cfr. anche G. SOTGIU, *L'esecuzione penale. Volume primo. Parte generale*, Roma, 1935, 127), era invece prontamente contrastata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Volume I*, Torino, 1908, n. 45, 50, per il quale il potere punitivo scaturiva non da un rapporto ma dalla «sovranità». Per V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1914, 35-36 nel processo diritti e doveri di giudice e parti non erano reciprocamente contrapposti, ma semmai nascevano dalla norma processuale, unica fonte di «ogni guarentigia dei diritti individuali di libertà».

²⁵ Ar. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, I (1910), pt. I, poi in Ar. ROCCO, *Opere*, III, cit. [nt. 24], 315-316.

²⁶ S. LONGHI, *Repressione*, cit. [nt. 13], n. 536, 926-927.

organi preposti a «promuovere (non [ad] attuare materialmente) l'esecuzione» e quella del contenzioso esecutivo (ad es. gli incidenti)²⁷.

A Longhi e Manzini fu rimproverato un certo *eclettismo*, anche per aver sovrapposto (specialmente il primo) il dato legislativo ad una previa visione criminologica²⁸. In effetti il mosaico normativo, almeno sino al varo del codice Finocchiaro-Aprile, era davvero laconico. Il c.p.p. del 1865, diversamente dall'omologo testo processual-civilistico, non conteneva un libro *ad hoc* sull'esecuzione; il libro II *Del giudizio* ospitava «inopportuno» un titolo (VI) sull'esecuzione delle sentenze; qualche altro titolo rilevante si rinveniva nel libro III²⁹. In base agli artt. 601-602 del c.p.p. 1865 e all'art. 144 del coevo Ordinamento giudiziario, il pubblico ministero (o il pretore) era «incaricato di promuovere l'esecuzione delle condanne penali» e, a questo scopo, poteva richiedere «l'assistenza della forza pubblica»: la funzione andava ricollegata alle «molte e forse anche contraddittorie [...] attribuzioni» conferite al p.m. dallo stesso Ordinamento, in particolare dall'art. 129 che lo elevava a *rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria*³⁰.

5. La svolta del 1913.

Nella pregevole *Relazione* del 1905 al progetto di codice di procedura penale il ministro Camillo Finocchiaro-Aprile annunciava di voler condurre nell'alveo della «funzione giurisdizionale» sia gli atti esecutivi del p.m. sia l'eventuale «ingerenza» del giudice, che restava «latente» sino all'eventuale incidente d'esecuzione. Il «carattere giurisdizionale», spiegava più avanti il guardasigilli, giustificava che l'esecuzione trovasse «naturale sede in un Codice di procedura»³¹. Plaudendo al nuovo indirizzo, Alessandro Stoppato, relatore, nel 1912, per conto della Camera sul progetto ormai prossimo all'approvazione, si diceva convinto che il futuro rito avrebbe *purificato e perfezionato* il processo esecutivo³².

La *Relazione al Re*, presentando succintamente il definitivo libro IV (*Dell'esecuzione e di alcuni procedimenti speciali*), non nascondeva i dissensi emersi durante la discussione parlamentare circa l'immissione nel codice processual-penale di materie a «prevalente carattere amministrativo». Il guardasigilli pensava però che un codice dovesse regolare, oltre alla «cognizione» e all'«esecuzione», ogni altra «funzione giurisdizionale [...] collegata allo scopo finale del processo»³³. Il chiarimento non preservò Finocchiaro-Aprile dalla critica di «insufficiente elaborazione dottrinale» e «consuetudinario spirito formalistico»; Lucchini, corrosivo *more solito*, si-

²⁷ V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, n. 534, 833-835. Il giurista udinese avrebbe a lungo tenuto fermi i criteri discretivi: ID., *Trattato di procedura penale* (1914), cit. [nt. 15], II, n. 534, 675-676; ID., *Trattato di diritto processuale penale* (1932), cit. [nt. 15], IV, n. 534, 721-723. L. ANFOSSO, *Sistemi penitenziari*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana [...]*, già sotto la direzione di P.S. Mancini, *Volume XV - Parte II, Sez. II*, Milano, s.d. (ma 1912-23), 923-924 riteneva «ovvio» che il «sistema penitenziario» si collegasse sul piano scientifico al diritto penale, «come metodo» a quello amministrativo. Con Manzini concordavano F. SIRACUSA, *Sintesi di diritto penitenziario*, in *Rivista di diritto penitenziario*, V (1934), n. 1, 28; G. SOTGIU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 140.

²⁸ N. TOSCANO, *Lineamenti dell'azione esecutiva penale (contributo alla teoria generale del diritto e del rapporto giuridico processuale penale)*, Napoli, 1918, 18-19.

²⁹ P. TUOZZI, *Principii* (1911), cit. [nt. 13], n. 508, 589. Il c.p.p. 1865 prevedeva «una forma rudimentale di procedimento incidentale per la declaratoria di alcune cause estintive della pena»: U. CONTI, *La vigilanza*, cit. [nt. 17], 1225.

³⁰ A. MOSCATELLI, *Esecuzione* (1895-98), cit. [nt. 18], 590.

³¹ C. FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII - Sessione 1904-1905. Camera dei Deputati - Stampato num. 266*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. L. Mortara, Dep. A. Stoppato, Sen. G. Vacca, Comm. A. Setti, Comm. R. Denotaristefani, Comm. prof. S. Longhi. *Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*, Torino, 1913, 65 (natura giurisdizionale degli atti esecutivi di p.m. e giudice) e 456 («naturale sede»). M. ANGIONI, *La dottrina del rapporto giuridico processuale civile nelle sue applicazioni al processo penale*, Cagliari, 1913, 165, nt. 3 avrebbe criticato la *Relazione* 1905 per aver indebitamente attribuito ai p.m. una funzione giurisdizionale di cui essi (benché ufficiali dell'amministrazione giudiziaria) erano sprovvisti.

³² A. STOPPATO, *Relazione della Commissione nominata dal Presidente della Camera [...] sul progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e sul disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (V. stampato n. 544) presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912 [Camera dei Deputati. Atti parlamentari - Legislatura XXIII - Sessione 1909-12]*, in *Commento al Codice*, cit. [nt. 31], *Parte Prima [...]. Volume terzo: Lavori parlamentari [...] e redazione definitiva [...]*, Torino, 1915, n. 144, 334. Stoppato poneva l'accento proprio sui due aspetti innovativi (funzioni giurisdizionali del p.m. e incidenti d'esecuzione) messi in risalto dalla *Relazione* 1905.

³³ C. FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*, in *Commento al Codice*, cit. [nt. 31], *Parte Prima. Volume terzo*, n. 94, 604. Il ministro accennava anche alle perplessità della commissione senatoria circa la giustapposizione di esecuzione e *procedimenti speciali (ibidem)*; critica ripresa da L. LUCCHINI, *Elementi* (1920), cit. [nt. 18], n. 373 bis, 486.

bilò che «altro è fare della dottrina e altro è intessere una legge»³⁴.

Nel merito, il c.p.p. 1913 confermava in capo al p.m. (o al pretore) il compito di *promuovere* l'esecuzione delle condanne penali (art. 556); *promuovere* – annotò subito chi appoggiava la 'svolta' giurisdizionale – non significava semplicemente imprimere una «spinta», bensì «disporre le cose in modo che lo Stato realizzi la sua pretesa punitiva» e quindi anche «esplicare un'attività *preparatoria e di controllo*» sino alla cessazione del rapporto³⁵. Spettava, invece, al giudice che aveva emesso la sentenza decidere sugli incidenti d'esecuzione (art. 558) mediante procedimento accusatorio non pubblico ma in contraddittorio (art. 559). La disciplina degli incidenti fu salutata come «un vero progresso nel senso di un aumento continuo delle guarentigie individuali contro il pubblico potere»; e fu unanimemente qualificata giurisdizionale³⁶.

Il quadro legislativo si completava con il r.d. 5 ott. 1913, n. 1177 il quale, nel coordinare il nuovo rito all'Ordinamento giudiziario del 1865, ribadiva (art. 20) un qualche coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nella «vigilanza sulle persone arrestate» e nelle visite periodiche alle carceri; e rimetteva al pubblico ministero (o al pretore) il compito di curare che agli arrestati si risparmiassero «rigori non consentiti dai regolamenti».

Intenzioni tanto commendevoli quanto velleitarie. Esse confermano, comunque, l'indubbio timbro di giurisdizionalità apposto da Finocchiaro-Aprile al processo esecutivo. Sotto tale profilo, osservava il commentario Mortara-Aloisi, l'esecuzione penale si era avvicinata a quella civile, sebbene nella prima la funzione amministrativa giocasse un ruolo più *esteso* quanto all'attuazione delle condanne restrittive. I due coautori precisavano inoltre che nello stadio esecutivo penale la «funzione giurisdizionale», quand'anche apparisse «estranea e lontana», era in realtà sempre «presente e immanente»: il giudice era «investito di *competenza attuale*» per l'intera durata del procedimento e ciò gli permetteva di decidere sull'eventuale incidente non come episodio «isolato» bensì in virtù d'una permanente supervisione su atti «materialmente» compiuti «fuori del suo cospetto, ma intrinsecamente [...] soggetti al suo sindacato»³⁷.

Anche Florian, in più punti del *Commentario* del 1914, apprezzava la scelta del codice giolittiano di porre l'esecuzione «sotto l'egida dell'organo giurisdizionale» e di invocare l'intervento di quest'ultimo non solo per «risolvere le controversie», bensì per «sorvegliar[la] e diriger[la] [...] in un procedimento di verace tutela giuridica». Tuttavia, con un passaggio logico assai impegnativo, il penalista veneziano ascriveva alla scuola positiva il merito d'aver protratto la funzione del giudice «dopo la sentenza» sia «per interpretarla» sia «ancor più» per apportarvi modifiche o integrazioni «quanto al trattamento del condannato secondo la vicenda di nuovi fatti e precise eventuali norme del diritto materiale». Dunque, a dar credito alle parole di Florian, il giudice dell'esecuzione sarebbe stato legittimato ad intaccare il *dictum* del giudice dell'accertamento (seppur soltanto con riguardo al *quantum* sanzionatorio) ogni qualvolta fossero intervenuti *fatti nuovi* o (par di capire) fossero cambiate le leggi. Una simile prospettiva evoca al penalista di oggi recentissimi orientamenti delle Sezioni Unite suffragati

³⁴ P. MARSICH, *L'esecuzione*, cit. [nt. 18], 3 (insufficienza dottrinale); L. LUCCHINI, *Elementi* (1920), cit. [nt. 18], n. 373 *bis*, 486 («spirito formalistico»; differenza tra dottrina e legislazione).

³⁵ M. ANGIONI, *La dottrina* (1913), cit. [nt. 31], 166.

³⁶ A. SACCONE, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 82 («vero progresso»); V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 477, 507 (l'incidente espressione di «potere giurisdizionale» e anzi [ivi, n. 114, 120] «vera e propria *continuazione della cognizione*»). Sui problemi interpretativi cui le norme davano luogo cfr. *ivi*, 507; A. SACCONE, *Del rapporto*, cit. [nt. 11], 88-93.

³⁷ L. MORTARA – U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale. Parte Seconda. Libri Terzo e Quarto (art. 351 a 653) e disposizioni per l'esecuzione del codice*, Torino, 1915, 541-542. Il brano fu riprodotto testualmente sia nella *Seconda edizione riveduta*, Torino, 1922 [rectius 1923], 541-542, sia da L. MORTARA, U. ALOISI, R. MANGINI, *Codice di procedura penale. Dell'esecuzione e di alcuni procedimenti speciali (libro IV, art. 554 a 653)*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. L. Mortara, Sen. A. Stoppato, Sen. G. Vacca, Gr. Uff. Prof. S. Longhi, Gr. Cord. R.le R. de Notaristefani, Torino, 1926, 3-4. All'impostazione di Mortara e Aloisi aderivano ancora G. SORTU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 135-137; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 211. Di costante presenza dell'autorità giudiziaria nell'esecuzione penale aveva già scritto M. ANGIONI, *La dottrina* (1913), cit. [nt. 31], 165. Sull'influenza di Mortara nella redazione del c.p.p. 1913 e sul commentario co-firmato con Aloisi si rinvia a M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, 2013, 344 e 465-466.

dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸.

6. La nuova fase del rapporto processuale.

La linfa giurisdizionale innestata nell'esecuzione dal codice Finocchiaro-Aprile costringeva la *civilistica penale* a rimeditare sull'estromissione dello stadio esecutivo dal cd. rapporto giuridico processuale³⁹.

In un passaggio non particolarmente limpido della monografia sulla riparazione degli errori giudiziari (1906) Arturo Rocco aveva riconosciuto che il diritto processuale costituiva il più fertile terreno di collaudo della teoria del rapporto giuridico penale. Lo studioso aveva però escluso, salvo che per il caso degli incidenti, che in sede esecutiva si stabilisse tra le parti (Stato e imputato) un rapporto «diverso» da quello penale materiale esaminato dal processo e ormai definito dalla sentenza: «Qui [nell'esecuzione, *n.d.r.*] appare nuovamente lo Stato, nella sua veste di potere esecutivo (pubblico ministero) e di fronte ad esso il cittadino condannato o prosciolto»⁴⁰. Lo stesso Rocco, in altra opera giovanile di poco precedente, aveva inequivocamente definito l'autorità della cosa giudicata «la pietra sepolcrale» del procedimento penale⁴¹.

L'accoglimento del libro IV nel nuovo codice processual-penale incrinava una così categorica certezza. Proprio nel 1913 un volume di Mauro Angioni, che intendeva demolire la tesi mortariana dell'«identità» sistematica tra processo civile e penale e della conseguente «unità» della giurisdizione, segnalava come i due riti si discostassero anche nella frazione esecutiva: l'esecuzione penale (non quella civile) non assurgeva ad «organismo autonomo», bensì era «pensabile soltanto come il *necessario* e *immancabile* svolgimento ulteriore del procedimento di cognizione»; in essa l'autorità giudiziaria era «sempre presente» grazie all'ufficio del pubblico ministero; i rapporti tra Stato e reo non si *dileguavano*, bensì rimanevano «sempre visibilissimi e immanenti»⁴².

Ricondurre l'esecuzione penale nei calchi del rapporto processuale, spiegava in un'agile monografia del 1914 il giudice veneziano Antonio Saccone, non era un esercizio accademico: come insegnava, infatti, il De Marsico, le norme di conclamata natura procedurale erano *accentuatamente duttili* sia in termini ermeneutici sia di garanzie soggettive. Al pari di Angioni, Saccone era persuaso che, durante l'esecuzione, il rapporto processuale non fosse che prosiegua di quello unico e «inscindibile» instauratosi con l'accertamento: identici erano il presupposto (la sentenza) e i soggetti partecipi. Egli rovesciava, anzi, le trattezie tassonomie dei processualisti e si spingeva ad affermare che il giudizio di cognizione o di dichiarazione in tanto esisteva

³⁸ E. FLORIAN, *Il processo penale* (1914), cit. [nt. 16], n. 10, 20 (egida); ivi, n. 123, 194 (carattere giurisdizionale); n. 122, 192 (esecuzione come prosecuzione del rapporto fissato in sentenza); ivi, n. 122, 193 (meriti della scuola positiva). Più di maniera l'affermazione secondo cui l'intervento del giudice dell'esecuzione sulla sentenza dovesse badare alla «difesa sociale» e alle attitudini del condannato; così come l'idea che la vigilanza giurisdizionale tutelasse «la libertà individuale» (*ibidem*). La «teorica» di Florian parve a N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 18 insufficiente e inficiata da considerazioni di politica criminale. Sui recentissimi orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione riguardo all'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione in sede di rideterminazione della pena cfr. ora B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Milano, 2017, spec. 325-328. Da notare che un positivista 'non allineato' come A. ZERBOGLIO, *Introduzione a Commentario del nuovo codice di procedura penale*. Direttori R. Garofalo, A. Berenini, A. Zerboglio, E. Florian [...], *Vol. IV (Libro IV del codice di procedura penale)*, Milano, 1914, 7 auspicava un'autonoma e organica codificazione dell'esecuzione *amministrativa* delle pene: tesi ripresa da Rappaport negli anni Trenta (cfr. A. SANTORO, *Fondamenti*, cit. [nt. 24], 3; G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, V [1934], n. 5, 960).

³⁹ Sul concetto di rapporto giuridico processuale e sui potenziali risvolti garantistici v. M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, 74-79; M.N. MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. Foffani e R. Orlandi, Bologna, 2016, 37-38 e 53. Sulla *civilistica* penale v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit. [nt. 3], I, 580-583.

⁴⁰ Ar. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari. Studi*, Napoli, 1906, 99, 103-104. Le espressioni adoperate da Rocco per rimarcare che il diritto dello Stato alla punizione e quello del prosciolto alla liberazione discendevano entrambi dalla pronuncia giudiziale (ivi, 104) presentavano evidenti assonanze con le parole (non citate) di L. MORTARA, *Commentario* (1898?), cit. [nt. 22], I, n. 23, 24. Qualche affinità con la tesi di Rocco si rinviene in G. SOTGIU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 127, per il quale il rapporto esecutivo non era quello processuale, bensì quello punitivo originario, arricchitosi dell'accertamento giudiziale.

⁴¹ Ar. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale* (1904), ora in *Id.*, *Opere giuridiche. Volume secondo*, Roma, 1932, 18-19.

⁴² M. ANGIONI, *La dottrina*, cit. [nt. 31], 164-167; ivi, 174-175 per la presunta identità sistematica e l'esatta connotazione del concetto di rapporto giuridico processuale penale. Anche A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 18 osservava come l'accertamento penale, a differenza che nel processo civile, non restasse mai «infruttuoso e teorico», bensì mirasse a divenire «titolo di esecuzione immancabile».

in quanto destinato a «integrarsi nel giudizio di esecuzione»⁴³.

Convinto assertore della natura giurisdizionale dell'esecuzione penale, fatto salvo un inestirpabile nocciolo amministrativo (ad esempio, le assegnazioni ai singoli stabilimenti penali), Saccone innervava la teoria del rapporto processuale col «soffio possente» del suo *credo* positivista. Dall'ormai pacifico diritto dello Stato a conservare un «controllo» sul prosciolto e a modificare la pena in corso di espiazione lo studioso desunse che la sentenza non segnava affatto la cessazione della «funzione del giudice», come pretendeva un formalismo semplicistico, ma semmai l'inizio di un'altra fase del rapporto penale tra Stato e individuo⁴⁴.

A suo parere, però, proprio il vincolo del rapporto processuale inibiva all'ordinamento dello Stato di «varcare, nello stadio esecutivo», i limiti fissati dalla sentenza di accertamento: qualsiasi ulteriore «pretesa» sarebbe risultata «illegale e lesiva del diritto del singolo». Il *caveat*, per la verità, collimava con quello lanciato dal Rocco da almeno un decennio, ma Saccone gratificava il giurista napoletano d'una semplice, cursoria citazione bibliografica⁴⁵ e preferiva appropriarsi nel testo delle incisive parole di Giovanni Battista De Mauro: il condannato, pur versando in uno *status subiectionis* di fronte al diritto soggettivo *assoluto* di punire spettante allo Stato, vantava «un vero *diritto subiettivo di libertà*», consistente sia «nella facoltà» di perseguire, «malgrado l'assoggettamento alla pena», i «suoi fini particolari» entro la sfera d'azione rimastagli «libera», sia «nella pretesa che lo Stato non la invad[esse] illegittimamente»⁴⁶. Per converso, proseguiva Saccone, lo stesso condannato aveva un dovere «assoluto» di adempiere, senza poter chiedere di farsi sostituire o di scontare altrove la sanzione. Quanto al ruolo della giurisdizione, Saccone riprendeva alla lettera le osservazioni di Florian aggiungendovi un'acuta notazione antropologica: la *sorveglianza* e la *direzione* del giudice sull'intero «ciclo» esecutivo, finalizzate ad *adattare* «la pretesa punitiva [...] alla psiche mutevole del delinquente», non erano che la trasposizione simbolica dell'antica presenza fisica del magistrato al castigo da lui inflitto⁴⁷.

In una nota rivelatrice Saccone, pur dichiarando di non voler interferire nelle decisioni tecniche dell'amministrazione penitenziaria, si augurava che non fosse «spenta ogni forma del controllo alle porte del carcere ove sono uomini ai quali la legge riserva ancora dei diritti»⁴⁸. A conforto dell'auspicio l'Autore richiamava una dotta esegesi di Gennaro Santoro (apparsa su *Rivista Penale* del 1908) all'art. 152 c.p., norma che puniva il pubblico ufficiale colpevole di «atti arbitrari» e «rigori non consentiti dai regolamenti» rispetto agli arrestati. Santoro, nel censurare i troppi arbitri *artificiosi* e *subdoli* della quotidianità carceraria, aveva identificato nella *suitas* o *sui proprietas* quella parte inalienabile «di libertà [...] gelosamente garantita» ai detenuti dalla legge e dai consociati⁴⁹.

L'esigenza di perimetrare un *minimum* di tutele della persona era dunque largamente avvertita tra studiosi di disparate sensibilità. E riguardava non solo il condannato ma anche il soggetto colpito da misure di sicurezza. In dissenso da colleghi che a queste ultime riconoscevano natura amministrativa, Florian invitava a considerare l'allargamento di «orizzonti» della giurisdizione penale, che ormai assoggettava a sé anche gli incolpevoli pericolosi. Al giurista veneziano, peraltro, pareva che il c.p.p. del 1913, per effetto d'un probabile pregiudizio ideolo-

⁴³ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 27-32 (tesi giurisdizionale), 62 e 73 (favore per la scuola positiva), 14-16 (inscindibilità del rapporto processuale). La citazione sulla «duttilità» era tratta da A. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915 [sic], 124.

⁴⁴ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 27-32 (giurisdizionalità dell'esecuzione sia delle pene sia delle misure di sicurezza: *ivi*, 28 l'A. giudicava persino troppo cauto il c.p.p. 1913); *ivi*, 59 (carattere amministrativo dell'«effettiva realizzazione» della sentenza); *ivi*, 61-62 (raffronto tra formalismo semplicistico e concezione positivista).

⁴⁵ *Ivi*, 48-49. L'A., il quale, d'accordo con Florian, rifiutava l'idea di un imputato «oggetto» di esecuzione (*ivi*, 51), citava sia (nel testo: *ivi*, 49) Giovanni Battista De Mauro (v. subito *infra* [nt. 46]), sia (*ivi*, 49, nt. 1) Ar. Rocco, *Trattato della cosa giudicata*, cit. [nt. 41], 210: quest'ultimo aveva sostenuto che la cosa giudicata ponesse il condannato al riparo dal rischio di condanne ulteriori o diverse da quella decisa in sentenza.

⁴⁶ G.B. DE MAURO, *La sentenza penale e i suoi presupposti processuali in rapporto al concetto di cosa giudicata (Tentativo di una ricostruzione sistematica)*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, II (1911), pt. I, fasc. 7, 388. L'A., che non si occupava specificamente dell'esecuzione bensì, in generale, di giurisdizione e di rapporto processuale, riservava a sua volta (*ivi*, 389) una lunga citazione al solito L. MORTARA, *Commentario* (1898), cit. [nt. 22], I, n. 23, 23.

⁴⁷ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 52-53 (doveri del condannato); *ivi*, 57-58 (obblighi del giudice). *Ivi*, 62-66 l'A. sollecitava in chiave positivista il costante adeguamento della pena alla personalità del condannato.

⁴⁸ *Ivi*, 58, nt. 1 (auspicio del controllo; citazione da G. Santoro, su cui v. *infra* [nt. 49]).

⁴⁹ G. SANTORO, *La tutela di quel che resta di libertà ai detenuti*, in *Rivista Penale*, XXXIV (1908), vol. LXVII, 5 (atti arbitrari), 16 (*suitas*). L'A. (*ivi*, 20-21) aveva esortato a considerare la collocazione dell'art. 152 c.p. tra i *delitti contro la libertà* e a ricordare che la locuzione *atti arbitrari sulla persona* comparsa nei lavori preparatori era stata sostituita da *contro la persona*. Santoro auspicava comunque (*ivi*, 21) che il futuro codice di procedura penale eliminasse qualsiasi giustificazione all'uso di «mezzi illeciti» per il «fine onesto». Il saggio era citato da A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 58, nt. 1.

gico, fosse stato alquanto avaro di garanzie processuali nell'ambito delle misure in questione⁵⁰.

7.

Tra giurisdizione e amministrazione.

A dispetto della scelta inclusiva operata dal codice del 1913, delle diffuse pressioni garantistiche, delle nuove frontiere criminologiche, non pochi studiosi continuavano a ravvisare nell'esecuzione penale una preponderante natura amministrativa. Così si pronunciava «per incontrastato insegnamento della migliore dottrina» il manuale di Vincenzo Lanza del 1914, sul presupposto che la funzione andasse connotata in base non all'«organo» di provenienza bensì alla «natura dell'atto»⁵¹.

L'orgogliosa anomalia del giurista siciliano va letta in collegamento col suo schietto anti-formalismo, già conclamato nel manuale del 1914 ma direttamente puntato, nell'edizione del 1922, contro le insufficienze delle teorie sull'esecuzione penale: «Grava sugli studiosi della nostra disciplina, che non vogliono rinserrarsi nella contemplazione di problemi essenzialmente formalistici, il problema non nuovo né di facile soluzione: *che cosa faremo noi di quest'uomo che ha commesso il delitto e in confronto al quale è stata pronunciata la condanna?*». Era lì, secondo Lanza, quando si era «esaurita la fase *giuridica* del processo», che iniziava il «duro cimento» della criminalistica, chiamata non più a interpretare la condanna mediante l'«eleganza di una formula giuridica» bensì a determinare con criteri meta-giuridici l'efficacia della pena rispetto alla specifica individualità. E allora bisognava accostarsi all'esecuzione (come già aveva intuito il Longhi: v. *supra*, § 4) contemperando la dottrina *giuridica* e quella *penitenziaria*; non abdicando alla prima ma neppure ignorando auto-lesionisticamente la seconda⁵².

L'impressione è che Lanza insistesse sulla cifra amministrativa dell'esecuzione per liberarla dai lacci giudiziari e restituirle una dimensione filosofica o di 'alta' politica. Eppure, paradossalmente, la sua notorietà come studioso dell'esecuzione penale si lega ad un saggio del 1916 che cavalcava una tesi opposta, incentrata però sugli incidenti d'esecuzione. In questo scritto l'Autore coglieva negli incidenti una «fase giurisdizionale» che *ravvivava* il processo ed *eccitava* «la funzione di attuazione del diritto». A suo parere, anzi, questi avrebbero potuto essere ulteriormente valorizzati se fosse entrato in vigore l'art. 1 (poi soppresso) del progetto Finocchiaro-Aprile del 1905, il quale subordinava la punibilità al requisito della regolarità della pronuncia di condanna (nelle «forme stabilite dalla legge») ⁵³. All'epoca del progetto, quella norma era parsa al Lanza «guarentigia delle libertà cittadine», mentre Pietro Mirto l'aveva additata ad esempio di «ostentazione dottrinarina», di norma «astratta» e «sterile», di vacua «proclamazione legislativa», essendo scontato che i «poteri dello Stato» fossero «tenuti all'osservanza delle formalità legali [...] da una serie continua di controlli giurisdizionali e dalla minaccia della nullità»⁵⁴. Al contrario, ancora nel 1916, Lanza rimpiangeva l'eliminazione di quel prezioso spunto, su cui si sarebbe potuto scolpire un modello di giudice dell'esecuzione obbligato a verificare la «conformità della pronuncia di condanna alle "forme volute dalla legge"». Ad ogni modo,

⁵⁰ E. FLORIAN, *Il processo penale* (1914), cit. [nt. 16], n. 11, 21 (e ivi, nt. 1 per i diversi pareri di Longhi e Grisogni [1911]); ivi, n. 124, 194-196, ove l'A. deplorava soprattutto la mancata previsione di contraddittorio e impugnabilità e sospettava d'un complessivo pregiudizio del c.p.p. verso le misure di sicurezza (del resto battezzate *provvedimenti speciali*: ivi, n. 11, 20). Con Florian concordava A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 86. Credevano invece nel carattere amministrativo del procedimento di inflizione di misure di sicurezza (specie di quelle meramente preventive) Alimena, Rocco, Civoli, Tuozzi, Conti (così ivi, ntt. 1-2) nonché V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], 506. Una vicenda assimilabile a quella delle misure di sicurezza aveva riguardato le misure di prevenzione, che nei turbolenti anni Novanta del secolo XIX avevano assunto una connotazione politica reazionaria: sicché la dottrina più progressista ne aveva caldeggiato la sottoposizione a vaglio giurisdizionale. Cfr. C. POESIO, *La questione criminale e il domicilio coatto nel giudizio dei socialisti*, in *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Acireale-Roma, 2015, 104, 108-116; E. DE CRISTOFARO, *Le critiche del positivismo criminologico al domicilio coatto e i progetti di abolizione tra Otto e Novecento*, ivi, 238.

⁵¹ V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 114, 119 (solo agli incidenti d'esecuzione l'A. riconosceva natura giurisdizionale: cfr. anche ivi, n. 477, 507); ivi, n. 471, 493; ivi, n. 472, 495 (illogicità della tesi che pretendeva di dedurre la giurisdizionalità del provvedimento dalla provenienza). Su quest'ultimo aspetto si esprimeva analogamente, ad altro proposito, Ar. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 361-367; più tardi, nel senso indicato da Lanza si sarebbe pronunciato P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 70.

⁵² V. LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*. Seconda Edizione dei «Principi». Volume II – Rito, Roma, 1922, n. 422, 380-383. Analogo rilievo circa l'insufficienza del tecnicismo per comprendere il significato della pena si trovava già in Id., *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 473, 497. Criticava la commistione tra discipline adombrata dal Lanza P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 26.

⁵³ V. LANZA, *Azione esecutiva come azione revocatoria. Saggio sui Poteri del giudice d'esecuzione*, in *Rivista Penale*, XLII (1916), vol. LXXXIII, fasc. I-II (gen.-feb.), 6-7 (incidenti come rivitalizzazione del processo); ivi, 20 (art. 1 del progetto c.p.p. 1905).

⁵⁴ P. MIRTO, *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista Penale*, in *Rivista Penale*, XXXVIII (1912), vol. LXXVI, lett. C, 20-21.

azzardava il giurista siciliano, anche a legislazione vigente lo stesso giudice dell'esecuzione ben poteva spingersi sino alla *revoca* della sentenza di condanna: l'incidente infatti, innescando una vera e propria azione *costitutiva* e *revocatoria*, oltre che – ovviamente – *esecutiva*, «spezza[va] la vigoria del giudicato» e lo travolgeva, specie se originato da nullità assolute. Insomma, la teoria lanziana sugli incidenti si atteggiava ad autentica provocazione dogmatica⁵⁵. In effetti, la si tacciò di voler brandire uno strumento amministrativo, un mero *additivo* e *completivo* di giustizia, come arma per *scardinare* le fondamenta del processo penale vanificando «il requisito sacro e intangibile» del giudicato e aggravando lo «stato di perplessità» della giurisdizione⁵⁶.

A prescindere, però, dagli incidenti, il fondatore della cd. scuola umanista continuò a pensare che l'esecuzione fosse «del tutto estranea» al processo penale e che le relative norme fossero confluite nel codice di rito «per un avvicinamento del tutto esteriore», non in quanto processuali in senso proprio. Col gusto del paradosso, lo studioso ricordava che alla giustizia stava a cuore l'*attuazione* della legge (che si realizzava con la sentenza), non l'*esecuzione*: sicché l'eventuale venir meno della seconda (per latitanza, emigrazione, prescrizione) nulla aggiungeva e nulla toglieva «al reale significato giuridico del processo penale», risolvendosi in una mera «contingenza [...] politic[a]». A suo parere, inoltre, il potere del p.m. preposto all'esecuzione rimaneva di ordine amministrativo e perciò «strettamente legato alla sentenza: nessuna, assolutamente nessuna, anche lievissima, facoltà» gli era concessa, tanto meno quella di modificare per via interpretativa le modalità d'esecuzione⁵⁷.

A risultati convergenti con quelli del Lanza, ma movendo dalle criptiche intuizioni di Arturo Rocco, perveniva un breve contributo (1918) dell'avvocato napoletano Nicola Toscano. L'Autore premetteva che «il rapporto giuridico esecutivo penale» sopraggiungeva dopo il passaggio in giudicato della sentenza ed estintosi il rapporto processuale: esso dunque, come aveva sostenuto Rocco, mirava ad attuare 'a ritroso' il primigenio *ius puniendi* dello Stato⁵⁸. Su questa base Toscano smontava pazientemente la tesi della giurisdizionalità dell'esecuzione penale e definiva invece quest'ultima, col Chiovenda, «mera amministrazione»⁵⁹.

8. La discrezione indiscreta.

La tumultuosa stagione del primo dopoguerra slatentizzò la politicità sottesa al bivio dogmatico tra *iurisdictio* e *administratio*. In un articolo del 1919 che si prefiggeva una mappatura delle tipologie di incidenti esecutivi il dottor Giacomo Matteotti reclamava per l'esecuzione penale un rafforzamento delle tutele giurisdizionali, a suo avviso più tranquillizzanti rispetto ai reclami gerarchici, nonostante egli non negasse la necessità d'un «margine amplissimo» di discrezionalità amministrativa. L'esecuzione penale ideale era, per il giovane penalista pole-sano, quella in grado di calibrare *in itinere* la pena all'«individualità» del condannato: andava dunque conformata come prosecuzione della cognizione «del delinquente». Eppure, constatava Matteotti, la legislazione vigente non permetteva che eccezionali «adattamenti»: di norma, l'esecuzione era lasciata ad autorità che ne facevano «questione di economia, di disciplina, di amministrazione, di tutto più che di individualizzazione penale». Una nota dell'Autore chiariva che soltanto le contingenze lo inducevano a preferire «il giudice al ministro dell'interno», e che in futuro sarebbe probabilmente emersa una «magistratura» specializzata nell'e-

⁵⁵ V. LANZA, *Azione esecutiva* (1916), cit. [nt. 53], 20, 34-36. Consapevole della provocazione, l'A. dichiarava di attendere «sereno la critica». Qualche anno dopo, ID., *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], n. 431, 406-408 ribadiva le sue convinzioni e rappresentava l'incidente d'esecuzione come «un mezzo d'impugnazione [...] tendente a distruggere gli effetti del giudicato». Ivi, n. 442, 430-431 altre indicazioni sulla natura *revocatoria* dell'azione esecutiva.

⁵⁶ N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 24-25 e 27. Il carattere amministrativo dell'azione esecutiva pareva all'A. (ivi, 32) compatibile con una pena finalizzata alla 'ferriana' difesa sociale e alla 'rocchiana' emenda.

⁵⁷ V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], n. 424, 388-390. Critico verso la tesi del Lanza sull'estraneità dell'esecuzione rispetto al processo penale P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 24-25, il quale riteneva *illogico* «staccare» dal concetto di *azione*, «essenza del processo», il momento realizzativo dell'accertamento e della decisione. Però l'A. (ivi, 65) riconosceva natura amministrativa agli atti di esecuzione.

⁵⁸ N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 9-10. Ivi, 10, nt. 1 l'A. riteneva (con qualche forzatura) che il Rocco avesse «implicitamente» ammesso la «possibilità di costruzione del rapporto giuridico esecutivo penale»; *ibidem* le (coerenti) motivazioni con le quali Ferri aveva rifiutato la teoria del rapporto giuridico processuale.

⁵⁹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* [...]. 3ª Edizione riveduta e notevolmente aumentata, Napoli, 1913, 325. L'«attuazione definitiva della volontà accertata» (ivi, 297) non era giurisdizione: non lo era, dunque, «l'esecuzione della sentenza penale». Per la citazione da Chiovenda cfr. N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 21. Da notare che al Chiovenda gli studiosi dell'esecuzione penale avrebbero contestato anche un altro, preliminare passaggio: la definizione di giurisdizione come *sostituzione* dello Stato ad un'attività dovuta (G. CHIOVENDA, *op. cit.* in questa nt., 297; riassuniva le critiche, condividendole, P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 40-45 e 67).

secuzione, parimenti amministrativa ma soggetta al controllo giurisdizionale di «legalità». La via giurisdizionale, insomma, non rappresentava che «una *provisoria* tavola di salvezza, alla quale col consenso della legge conv[eniva] attaccarci [...]: perché quando, oggi, si dice che un provvedimento è affidato all'amministrazione, significa subito abbandono alla discrezione più indiscreta, all'arbitrio, a criteri» non congrui con i fini della pena⁶⁰.

Timori tutt'altro che peregrini. Nella processual-penalistica dei primi anni Venti il lemma *esecuzione* veniva sempre più spesso declinato nel senso di *attuazione*. Quest'ultimo vocabolo, a sua volta, assumeva sfumature generalmente autoritative, rivelate dall'abbinamento ad *imperium*⁶¹. Si pensi all'integrazione apportata da Manzini alla definizione di esecuzione: dalla versione 'elementare' del 1912-14 («l'attuazione delle disposizioni di una decisione giurisdizionale») a quella ben più imperiosa del 1925 («l'attuazione mediata della volontà della legge fatta coattivamente dall'organo esecutivo dello Stato»)⁶².

La coercitività sospingeva l'esecuzione penale nell'orbita della procedura⁶³: con conseguente indebolimento delle garanzie. Nel 1918 la I sezione della Cassazione, prendendo partito in un annoso dibattito dottrinale⁶⁴, si pronunciò per la natura *processuale* della sospensione condizionale della pena: la Suprema Corte respinse il ricorso presentato dalla veneta Margherita Benedetti la quale, condannata nell'estate del 1916 per contravvenzione al calmiere, si era vista negare il beneficio della condizionale, sebbene ritenesse d'averne pieno diritto in virtù d'una norma di procedura (l'art. 423 c.p.p. 1913) dagli evidenti risvolti sostanziali. Una nota critica di Florian obiettò che la concessione della condizionale non solo *accompagnava* la sentenza di condanna e non l'esecuzione, ma prospettava al reo «un certo trattamento» e perciò impegnava appieno «la potestà giurisdizionale del giudice», a prescindere dal carattere materiale o processuale della misura⁶⁵.

9.

L'ultima carta: il progetto Ferri.

Lo scenario che si è tentato sin qui di ricostruire veniva lambito per più aspetti dal progetto Ferri di codice penale del 1921. Da una rapida scorsa si evince che l'articolato ferriano catalizzò idee ormai metabolizzate tra gli addetti ai lavori e le rilanciò in forme persino moderate.

Il congegno sanzionatorio s'imperniava sull'unificazione tra pene e misure di sicurezza: a regime, le seconde non sarebbero state più utilizzate surrettiziamente per prorogare a tempo indeterminato le prime; sarebbero state strappate all'«arbitrio del potere amministrativo» e restituite alle «garanzie giurisdizionali». Oltre all'insolita scelta di disciplinare nel codice il lavoro carcerario (artt. 70-73), il progetto contemplava l'istituzione d'un *Consiglio di sorveglianza*, composto anche da un detenuto e dotato d'un potere disciplinare «immensamente più efficace e persuasiv[o]» di quello interamente amministrativo; e vietava di *bollare* i detenuti

⁶⁰ G. MATTEOTTI, *Classificazione degli incidenti di esecuzione*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, X (1919), pt. I, 114-137, e spec. 130-131; 131, nt. 51; 136-137. Le quattro classi di incidenti di esecuzione enucleate dall'A. (ivi, 124-125) comprendevano: gli incidenti interpretativi della sentenza; l'accertamento di fatti successivi alla sentenza; le contestazioni esecutive; le modifiche all'esecuzione (per estinzione, indulto etc.). Per il terzo gruppo (contestazioni esecutive) Matteotti reclamava la tutela giurisdizionale, che gli pareva più affidabile del reclamo gerarchico.

⁶¹ P. MIRTO, *Alla ricerca di un concetto scientifico sull'esecuzione processuale penale*, in *Rivista Penale*, XLVII (1921), vol. XCIV, fasc. 3, 200, 214 e 218-221, nel differenziare amministrazione da esecuzione, osservava che l'esecuzione penale costituiva esercizio di giurisdizione connotata da un marcato *imperium* coercitivo. Registrava la sintonia con Mirto a proposito di *imperium* esecutivo V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], II, n. 423, 384-385. Analoga, ma non identica, la definizione di Id., *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 471, 492. Sulla distinzione tra giurisdizione e amministrazione cfr. P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 62.

⁶² V. MANZINI, *Manuale* (1912), cit. [nt. 27], n. 533, 833; Id., *Trattato di procedura penale* (1914), II, cit. [nt. 15], n. 533, 675; Id., *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Seconda edizione riveduta e accresciuta, *Volume IV*, Torino, 1925, n. 533, 691.

⁶³ P. MIRTO, *Alla ricerca* (1921), cit. [nt. 61], 222.

⁶⁴ Come s'è visto *supra* [§ 4] V. MANZINI, *Manuale* (1912), cit. [nt. 27], n. 534, 834 sosteneva che la sospensione della condanna, in quanto rinuncia alla punizione, rientrasse nel penale sostanziale; V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], II, n. 355, 211-212 invece vi attribuiva «natura essenzialmente *processuale*». Prima del c.p.p. 1913 gli studiosi avevano anche reclamato la giurisdizionalità (e dunque il rispetto del contraddittorio) della procedura di revoca della sospensione condizionale: D. RENDE, *Procedimento per la revoca della condanna condizionale e giudice competente a revocarla*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, II (1911), pt. I, 97-102, e spec. 99; in dissenso, quanto al giudice competente, F. SANNA-RANDACCIO, *Revoca della condanna condizionale – giudice competente*, ivi, 607-608. Per la legge Ronchetti 26 giugno 1904, n. 267 sulla condanna condizionale (legge che ampliava le ipotesi di sospensione) cfr. G.C. POLA, *Commento alla legge sulla condanna condizionale [...]*, Torino, 1905; A. ANDREOTTI, *La legge Ronchetti 26 giugno 1904 sulla condanna condizionale [...]*. Estratto dalla *Cassazione Unica (Parte Penale)*, XX, vol. XIX, n. 19-22, Roma, 1908 (ivi, 42-43 un fugace cenno alle «disquisizioni» sulla natura giuridica dell'istituto).

⁶⁵ E. FLORIAN, *Cenno sulla natura giuridica delle norme, dalle quali nasce la facoltà della condanna condizionale*. Nota a Cass., sez. I, 15 febbraio 1918, *pres. Appiani, rel. Santoro, p.m. Casella, ric. Benedetti*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, IX (1918), pt. II, 161-163; ivi, 161-165 il testo della sentenza.

«con un numero»⁶⁶.

La *Relazione* Ferri distingueva tra la fissazione *legale*, ossia codicistica, della sanzione; l'adattamento *giudiziario* di questa alla «personalità dell'imputato» a fini di «individualizzazione» e quindi di prevenzione speciale; e il momento *amministrativo* dell'esecuzione. Il penalista mantovano avvertiva che le sanzioni avrebbero dovuto non solo «emanare dal potere giurisdizionale del giudice» ma essere da questo «regolate e sorvegliate anche durante la loro esecuzione amministrativa, offrendo così una garanzia costante non solo per la società ma anche per i condannati». Tale «prosecuzione degli atti giudiziari al di là della sentenza» avrebbe «eliminato il grave difetto» attuale dell'incomunicabilità tra comparti della pubblica amministrazione: «Ora il giudice istruttore nulla sa[peva]» della sorte riservata alla sua istruttoria dal «giudice decidente»; il giudice deliberante ignorava gli sviluppi della sua condanna, così come «gli esecutori» non ne conoscevano le motivazioni⁶⁷.

All'inaugurazione del congresso catanese della scuola umanista, convocato nell'aprile del 1923 per esaminare il progetto Ferri, Vincenzo Lanza premetteva che uno dei problemi impellenti della «penalità» in Italia riguardava «il completo abbandono del reo dopo la condanna», a fronte delle «pressoché perfett[e]» garanzie apprestate all'imputato. La penalistica tradizionale – lamentava il giurista di Sciacca – era convinta che la «funzione dello Stato» si esaurisse con la celebrazione del processo, peraltro trasformato «in un veramente ignobile spettacolo teatrale». La scuola umanista, viceversa, desiderava assicurare una più *intensa* presenza dello Stato *educatore* (non più *gendarme*) proprio all'inizio dell'«esecuzione della condanna», al fine di evitare di consegnare il malcapitato «alla non certamente paterna né fraterna assistenza della guardia carceraria [...] nella spaventevole solitudine della cella». Al progetto Ferri il Lanza riconosceva l'«onore» di «aver posto il problema della riforma penitenziaria»: esso però, a suo avviso, non era sfuggito a quell'«eclettismo» che lo aveva allacciato al vecchio tronco del diritto penale⁶⁸.

Al crepuscolo dell'Italia liberale, la scienza penalistica si scopriva lontana dalla conquista della roccaforte carceraria. Era tuttavia riuscita, per vie tortuose, a gettare il seme della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione, quel traguardo provvisorio che un profetico Matteotti suggeriva di tenersi stretto contro le prepotenze dell'amministrazione. L'esperienza del totalitarismo e la stagione repubblicana si sarebbero, peraltro, incaricate di raffreddare gli entusiasmi per le virtù taumaturgiche dell'intervento giudiziale e di dimostrare come il processo, per parafrasare Carnelutti, da baluardo contro la pena ingiusta possa diventare la più ingiusta delle pene⁶⁹.

⁶⁶ E. FERRI, *Relazione al Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921) (Libro I) [...] approvata dalla Commissione Reale per la riforma delle leggi penali*, in ID., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice Penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Torino, 1928, 617 (unificazione di pene e misure di sicurezza), 713 (Consiglio di sorveglianza), 714 (metodi umanitari).

⁶⁷ E. FERRI, *Relazione* 1921, cit. [nt. 66], 716 (tripartizione funzionale); 693 (sorveglianza giudiziale). Riguardo alla determinazione *giudiziaria* della sanzione (ivi, 716), Ferri intendeva concedere al giudice non già «un arbitrio senza confini», bensì una facoltà di adattamento non costretta «in barriere meccaniche e troppo rigide».

⁶⁸ V. LANZA, *Il Progetto Ferri e la concezione Umanista della penalità*. Discorso inaugurale del Congresso per la riforma delle leggi penali [...]. Atti della Sezione XVII bis della XII Riunione della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, Catania 5-11 aprile 1923, estr. dal *Bollettino di diritto penale*, I, fasc. I-II, Catania, 1923, 3-4 (abbandono del reo nel sistema vigente); ivi, 5-6 (giudizio sul progetto Ferri); ivi, 44-45 (misure rieducative propugnate dalla scuola umanista).

⁶⁹ F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, VII (1952), pt. I, 166.